Die Kredittäuschung

Der Hauptmangel der Sicherungsübereignung und seine Beseitigung nach geltendem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans Herting
Gerichtsreferendar aus Burg b. Magdeburg

Berichterstatter: Professor Dr. W. Siebert

Halle (Saale) 1935

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14

Die Kredittäuschung

Der Hauptmangel der Sicherungsübereignung und seine Beseitigung nach geltendem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans Herting
Gerichtsreferendar aus Burg b. Magdeburg

Berichterstatter: Professor Dr. W. Siebert

Halle (Saale) 1935

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale) Dölauer Straße 14

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0113

Inhalt

Seite

Schrifttum VII

§ 1. Die typischen Tatbestände und das Problem . . . 1

I. Hauptteil:

Die bisherigen Versuche der Gefahrenbeseitigung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Schrifttum.

§ 2. Die Möglichkeit der Anfechtung von Sicherungsverträgen 6

1. Nach dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung 6

2. Nach den Anfechtungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 119 Abs. 2, 123) 8

§ 3. Die Nichtigkeit der Sicherungsverträge (§ 138 Abs. 1 BGB) 10

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . 10

a) Sicherungsgegenstand ist das gesamte Vermögen des Schuldners 11

b) Sicherungsgegenstand ist nur ein Teil des Schuldnervermögens 13

2. Kritische Betrachtung 15

a) Die Voraussetzungen für die Sittenwidrigkeit einer Sicherungsübereignung 15

b) Unterschiedliche Behandlung der Alt- und Drittgläubiger 18

§ 4. Die Schadensersatzpflicht des Sicherungsnehmers (§ 826 BGB) 19

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . 20

a) Die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht . 20

b) Der Umfang der Schadensersatzpflicht . . . 24

2. Eigene Stellungnahme 26

3. Der Tatbestand der sog. ‚Mala fides superveniens‘ . 28

§ 5. Das Zusammentreffen mehrerer Sicherungsverträge . 30

1. Zugunsten desselben Gläubigers 30

2. Zugunsten verschiedener Gläubiger 33

§ 6. Abschließende Wertung 34

II. Hauptteil:

Zwang zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung nach den Grundsätzen von „Treu und Glauben“ und der „guten Sitten“.

§ 7. Die Lehre von der „Unzulässigkeit der Rechtsausübung“ 38
1. Die Darstellung der Lehre 39
2. Die Würdigung der Lehre 40

§ 8. „Treu und Glauben“ als Schranke der Rechtsausübung 43
1. Der Begriff „Treu und Glauben“ 43
2. Der Wirkungsbereich dieses Grundsatzes . . . 45
a) Schuldrechtlicher und dinglicher Anspruch . . 47
b) Die Stellung des § 242 im BGB 48
3. Wann verstößt die Geltendmachung des Sicherungseigentums gegen „Treu und Glauben“? 50
a) Sicherungsgegenstand ist das gesamte Schuldnervermögen 50
b) Sicherungsgegenstand sind Teile des Schuldnervermögens 55
4. Die Rechtsfolgen der unzulässigen Rechtsausübung . 56
a) Bei der Widerspruchsklage 57
b) Bei der rei vindicatio 58

§ 9. Die „guten Sitten“ als Schranke der Rechtsausübung . 59
1. Der Begriff „gute Sitten“ 60
2. Der Geltungsbereich dieses Grundsatzes . . . 61
3. Die Anwendung auf das Sicherungseigentum . . 62
4. Die Rechtsfolgen 63

§ 10. „Schadensersatzanspruch“ des Drittgläubigers gegen den Sicherungsgläubiger 63

§ 11. Schlußbetrachtung 67

Schrifttum

Ackermann, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern. Diss. Greifswald 1919.

Bauer-Mengelberg, in JW 1931, S. 2088 p ff.

— Mala fides superveniens bei Sicherungsübereignungen. — JW 1932, S. 100.

Bendix, Zur Frage der Sicherungsübereignung. Seuff. Bl. 1912, S. 407 ff.

Baumbach, Kommentar zur ZPO. 8. Aufl. München 1934.

Bilfinger, Der Gemeinschaftsgedanke im geltenden Recht. JW 1933, S. 2550.

Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht. Leipzig 1932.

Bonnet, Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern. — Tübinger Diss. Stuttgart 1912.

Brenner, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts. — Diss. Frankfurt a. M. 1926.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Aufl. München u. Leipzig 1930.

Cahn. Die Sicherungsübereignung als gangbarste Form des Kreditgeschäfts. ZBlfH. 1926, S. 426 ff.

Crisolli, Auswirkungen der neuen Rechtsanschauung im Handelsrecht. — JW 1935, S. 8.

Dick, Der „Verstoß gegen die guten Sitten" in der gerichtlichen Praxis. Arch. f. Bürg. Recht. Berlin 1909, Bd. 33.

Dölle, Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat. — Schmollers Jhrb. 1933, Heft 5.

Eckstein, Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen. — Arch. f. Bürg. Recht, 1915, Bd. 41.

Ehrlich, Die Gefahren der Sicherungsübereignung und die praktischen Wege, diese Gefahren zu vermeiden. Berlin 1932.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.

Fehr, Das kommende Recht. Berlin u. Leipzig 1933.

Fuchs, Sicherungsübereignung an den Hauptgläubiger und Eigentumsvorbehalt eines anderen Gläubigers. — ZBlfH. 1926, S. 422 ff.

Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. Tübingen 15. Aufl. 1934.

Geisler, Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen nach geltendem Recht. — Diss. Leipzig 1914.

Gierke. Bürgerliches Recht, Sachenrecht. Berlin 1925.

Gottschalk, Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung. — JW 1932, S. 1716.

— Die Sicherungsübereignung in der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Arch. f. Ziv. Prax. 18. Bd. Tübingen 1934.

Haas, Die Buchung der Sicherungsübereignungen. LZ 1914, Sp. 61 ff.

Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Recht. — Abh. z. Priv.- u. Zivilprozeß. München 1913.

Hallbauer, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherungsübereignung. — „Recht" 1905, S. 632 ff.
Hamburger, Treu und Glauben im Verkehr. Berlin u. Leipzig. 1930.
Hamelbeck, Die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht. Berlin 1929.
Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. DJZ 1905, Sp. 1140.
— Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
— Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.
Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin u. Leipzig 1924.
— Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. Berlin u. Leipzig 1927.
— Die Flucht in die Generalklausel. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.
Hellwig, Gläubigernot. Sonderabdruck aus „Recht und Wirtschaft", Berlin 1912.
Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Berlin 1912.
Herold, Sicherungsübereignung oder Registerpfand. DJZ. 1927, Sp. 1245.
Hesselbach, Nutzen und Wesen der Sicherungsübereignung. Wien und Leipzig 1930.
Hildebrandt, Rechtsfindung im Neuen Deutschen Staate. Berlin-Leipzig 1935.
Heydebrand und der Lasa, Deutsche Rechtserneuerung aus dem Geiste des Nationalsozialismus. Berlin 1933.
Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. 2. Aufl. Mannheim u. Leipzig 1912.
— Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung. — JW 1931, S. 3060.
Holtz, Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Uebereignung als Kreditsicherungsmittel. Berlin 1933.
Jacusiel, Die Sicherungsübereignung. 2. Aufl. Leipzig u. Berlin 1931.
Jessen, Treuhandvertrag im außergerichtlichen Vergleichsverfahren. — JW 1933, S. 1699, 1700.
Kluckhohn, Treu und Glauben im Steuerrecht. — JW 1934, S. 2378.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 7. Aufl. Berlin u. Leipzig 1929. 8. Aufl. §§ 1—432 BGB. Berlin u. Leipzig 1934.
Krell, im Arch. f. Ziv. Prax. 1933.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. Tübingen 1933.
— Generalklausel und neues Recht. — JW 1933, S. 2858.
— Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 34.
— Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Tübingen 1934.
Lehmann, Gläubigerschutz. Berlin u. Leipzig 1926.
— Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.
Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Bd. München u. Leipzig 1929.
— Besonderes Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. München u. Leipzig 1931.
v. Liebig und Bechert, Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft .— KVjSchr. 1934, 3. Folge, Bd. XXVII, S. 151 ff.
Lifschütz, Die Generalklausel im Aktienrecht. Berlin, Leipzig 1931.

— Der Bericht der Aktienrechtskommission. — JW 1929, S. 610.
Martin, Die Grenzen der Sicherungsübereignung. Diss. Halle 1933.
Maurer, Zur Frage der Einführung des Registerpfandrechts. — ZHR, Stuttgart 1926, S. 133 ff
Meyerstein, Zur Frage der Sicherungsübereignung und der Einführung eines Registerpfandrechts. — JW 1926, S. 529.
Nikolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre. München 1932.
Oertmann, Zur Frage der Sicherungsübereignung. DJZ 1911, Sp. 1178.
— Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
— 2. Buch, 1. Abtlg. 5. Aufl. Berlin 1928.
Planck, Zur Auslegung und Anwendung des § 826 BGB. DJZ 1907, Sp. 7.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl. Berlin 1914. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928. Sachenrecht, 5. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.
Radloff, Wesen und Methode der Rechtsprechung. JW 1934, S. 68 ff.
Riezler, Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Ritter, Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre. JW 1934, S. 3025.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1929.
Rosenthal, Die Feststellung der Sittenwidrigkeit einer Handlung. — LZ 1919, Sp. 515 ff.
Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. Berlin 1930.
Rumpf, Kredittäuschungsverträge. — LZ 1932, Sp. 1265.
Salinger, Zum Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten. — JW 1917, S. 4 ff.
Sättler, Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten. JW 1927, S. 2454.
Schaefer, Die Einzelgläubigeranfechtung. Berlin 1930.
Schmelzeisen, Die Ueberwindung der Starrheit im neuzeitlichen Rechtsdenken. Berlin 1933.
Schmidt, Rud., Bürgerliches Recht. Stuttgart 1927.
Schmitt, Carl, Neue Leitsätze für die Rechtspraxis. — JW 1933, S. 2793.
— Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit. Hamburg 1933.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. München 1912.
Schöndorf, Soll die Sicherungsübereignung beseitigt werden? — DJZ 1911, Sp. 701.
Schwister, Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht. — DJZ 1931, Sp. 1163.
— Rechtsprechung und Kreditwesen. — DJZ 1934, 12.
Siber, Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts. Schuldrecht. Leipzig 1931.
Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem. Marburg 1933.
— Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 222, 242, 826 BGB), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG). Marburg, 1934 (Nr. 72 der von Heymann herausgg. Arb. zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht).

— Wandlung und Fortbildung des Treuhandrechts. DJZ 1934, Sp. 1240.
— Besprechungen von Reichsgerichtsentscheidung in JW 1932, S. 942/3; 1934, 3054.
Silbermann, Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch, in der Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1905, S. 35 ff. 1910 S. 105 ff.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Berlin u. Leipzig 1933.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 1. Teil, 9. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930. II. Bd., 3. Teil, 9. Aufl. Berlin u. Leipzig 1930. III. Bd., 9. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Stutz, Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer. Berlin 1934 (Heymann).
Sydow-Busch, Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz. 6. Aufl. Berlin u. Leipzig 1932.
von der Trenck, Treu und Glauben beim dinglichen Anspruch und Vertrag. — Deutsche Justiz 1934, 1241.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd., 2. Hälfte. München u. Leipzig 1918.
Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb. Berlin 1929.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Tübingen 1930.
— Anfechtungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl. Berlin 1933.
Weil, in JW 1933, S. 1073/4.
Weinhausen, Die Sicherungsübereignung. 4. Aufl. Berlin 1932.
— in JW 1932, S. 2703 f.
Weisweiler, Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Berücksichtigung der Einführung eines Registerpfandrechts. Diss. Kölln 1927.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. Arch. Ziv Prax., 100. Bd. Tübingen 1906.
Wersche, „Eigentum verpflichtet", soziale Züge in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Jena 1931.
— „Eigentum verpflichtet", der Weg des Reichsgerichts. — Arch. Ziv. Prax. 15. Bd. Tübingen 1932.
Wolff, Martin, Sachenrecht. 9. Aufl. Marburg 1932.
Wolff, Theodor, Zum Sittengesetz. LZ Berlin u. Leipzig 1914, Sp. 1269.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Abkürzungen

Arch.Bürg.R.	= Archiv für Bürgerliches Recht.
Arch.Ziv.Prax.	= Archiv für Zivilistische Praxis.
JW.	= Juristische Wochenschrift.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
KVjSchr.	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Wissenschaft.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
ZHR.	= Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht.
ZBlfHR.	= Zentralblatt für Handelsrecht.
SchmollersJhrb.	= Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Recht.
Seuff.Bl.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
RG.	= Reichsgericht.
RGZ.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ZPO.	= Zivilprozeßordnung.

§ 1. Die typischen Tatbestände und das Problem.

In der heutigen Zeit der allgemeinen Kreditnot ist uns im Wirtschaftsleben die Uebereignung beweglicher Sachen zur Sicherung der Gläubiger zu einer alltäglichen Erscheinung geworden. Während in der Vorkriegszeit die beweglichen Sachen nur selten den Gläubigern als Sicherheit dienten, sind Handel und Industrie nach dem Kriege dazu übergegangen, auch die bewegliche Habe mehr und mehr als Kreditmittel zu verwenden. Diese Entwicklung ist einmal darauf zurückzuführen, daß nach dem Kriege und der Inflation die Bedeutung des Grundstückskredites wegen der bereits bestehenden Ueberlastung des Grundbesitzes erheblich gesunken ist und auf der anderen Seite im Handel und in der Industrie die beweglichen Sachen immer mehr an Bedeutung gewonnen haben. So bilden vielfach nicht der Grundbesitz, sondern die beweglichen Sachen die Hauptvermögensbestandteile der kreditsuchenden Kaufleute, und es hat sich daher bei ihnen das Bedürfnis geltend gemacht, die in den beweglichen Sachen steckenden Werte zum Zwecke der Kreditbeschaffung nutzbar zu machen.

In der Land- und Forstwirtschaft läßt sich eine gleiche Entwicklung nicht feststellen. Hier hat auch in der Nachkriegszeit der Grundstückskredit seine alte Bedeutung behalten, da in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Grundbesitz noch immer den Hauptvermögensbestandteil bildet. In der jüngsten Zeit ist nun aber durch das Reichserbhofgesetz [1]) eine wichtige Aenderung eingetreten, da nach § 37 Abs. 1 a. a. O. der Erbhof grundsätzlich unbelastbar ist. Mit dieser gesetzlichen Regelung ist es dem Bauer für die Zukunft — wenn man einmal von der Ausnahme des § 37 Abs. 2 a. a. O. absieht — unmöglich geworden, den zum Erbhof gehörenden Grundbesitz zum Zwecke der Kreditbeschaffung zu belasten. Man könnte daher annehmen, daß die Bauern mangels anderer Kreditmöglichkeiten nunmehr ihre bewegliche Habe zur Sicherheit ihren Gläubigern übereignen würden, so daß wir auch auf dem Gebiete der Land- und Forstwirtschaft — soweit es sich um Erbhöfe handelt — eine Entwicklung von Grundstücks- zum Fahrniskredit zu erwarten hätten.

Eine solche Entwicklung wird aber nicht eintreten. Soweit die auf dem Erbhof vorhandenen beweglichen Sachen zum Hofzubehör gehören, sind Verfügungen über sie nach § 37 Abs. 1 S. 2

---

[1]) Gesetz vom 29. 9. 1933 (RGBl. I, S. 665).

a. a. O. nur dann gültig, wenn sie im Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung getroffen werden. An diesem Erfordernis wird es aber fast immer fehlen. Einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung entspricht es, daß die zur Erhaltung und zum Weiterbetrieb des Erbhofes notwendigen Zubehörstücke im Eigentum des Bauern stehen und nicht der Gefahr einer dauernden Trennung vom Erbhof ohne einen entsprechenden Ersatz ausgesetzt werden. Sicherungsverträge über Hofzubehör wären also ungültig. Soweit die beweglichen Sachen nicht zum Zubehör gehören, werden sie dem Bauern entbehrlich sein, so daß er sich durch Veräußerung derselben die notwendigen Barmittel verschaffen kann. So wird auch in der Zukunft die Sicherungsübereignung in der Land- und Forstwirtschaft keine Bedeutung erlangen. Wir brauchen daher bei den folgenden Betrachtungen unser Augenmerk nur auf die Verhältnisse, wie sie uns im Handel und in der Industrie entgegentreten, zu richten.

Bei dem vorhandenen Bedürfnis, die beweglichen Sachen zum Zwecke der Kreditbeschaffung zu verwenden, hat sich gezeigt, daß das in Deutschland allein geltende Faustpfandprinzip den Anforderungen des täglichen Lebens nicht gerecht wurde, der Rechtsverkehr vielmehr ein besitzloses Pfandrecht benötigte. Daher hat sich an Stelle der Verpfändung die Sicherungsübereignung, die nach § 930 BGB. ohne tatsächliche Besitzübergabe erfolgen kann, trotz der gegen sie erhobenen wirtschaftlichen und rechtlichen Bedenken durchgesetzt. Es ist wohl mit Recht geltend gemacht worden, daß durch die Vornahme von Sicherungsübereignungen in dieser Form [2]) das im geltenden Recht herrschende Faustpfandprinzip bewußt umgangen wird, und deshalb die Sicherungsübereignung nicht als rechtswirksam angesehen werden kann [3]). Doch hat das Reichsgericht von vornherein den Einwand der Gesetzesumgehung zurückgewiesen und entsprach dadurch dem zweifellos dringenden wirtschaftlichen Bedürfnis nach einer Möglichkeit, Fahrnis ohne Besitzaufgabe zur Sicherstellung verwenden zu können. Nachdem die Sicherungsübereignung nun auch im Schrifttum überwiegende Billigung gefunden hat [4]), darf man ihr gewohnheitsrechtliche Geltung zusprechen. Auch die Sicherungsübereignung von Warenlagern und anderen Sachgesamtheiten — auch mit

[2]) Selbstverständlich kann auch eine Sicherungsübereignung nach § 929 BGB. durch Einigung und Besitzübergabe vorgenommen werden. Uns interessiert hier aber nur die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium.

[3]) S. u. a.: Boehmer S. 63; Enneccerus-Nipperdey § 139 II 5 b; Hellwig S. 56; Wolff, Sachenrecht, § 163 I 1 d.

[4]) Boehmer S. 63; Hedemann, Sachenrecht § 23 III b; Holtz S. 16; Enneccerus-Nipperdey § 139 II 5 b; Heck, Sachenrecht § 107, 3; Wolff, Sachenrecht § 163 I 1 d; v. Tuhr II 2 § 77 I 3; v. Gierke § 60, 1 a; Staudinger Anm. VIII zu § 929; Planck Anm. 5 zu § 930; RGRK. 7. Aufl. Anm. 6 zu § 930; RGZ. 113, 57 ff.; 118, 209 ff.; 124, 73 f.

wechselndem Bestande: antizipiertes Besitzkonstitut — ist zulässig [5]), wobei nur häufig das im Sachenrecht geltende „Spezialitätsprinzip" Schwierigkeiten bereitet [6]).

Auch die wirtschaftliche Notwendigkeit und Unentbehrlichkeit der Sicherungsübereignung als Kreditmittel im gegenwärtigen Wirtschaftsleben wird heute allgemein anerkannt [7]), obwohl sie keinesfalls ein für den Kreditverkehr ungefährliches Kreditmittel ist. Die Nachteile der Sicherungsübereignung im Innenverhältnis zwischen Sicherungsgeber und -nehmer sollen hier ganz unerörtert bleiben, da sie im Vergleich zu den nachteiligen Wirkungen einer umfangreichen Sicherungsübereignung nach außen — unbeteiligten Dritten gegenüber — ganz unerheblich sind. Sie können ohne weiteres mit in Kauf genommen werden. Der Hauptmangel der Sicherungsübereignung besteht nämlich in ihrer „Heimlichkeit", d. h. in der Tatsache, daß die Vornahme der Sicherungsübereignung unbeteiligten Dritten gegenüber kaum erkennbar wird, da in den Besitzverhältnissen äußerlich keinerlei Veränderungen eintreten, und die Parteien den Abschluß des Sicherungsvertrages geheimhalten. So erscheint nach außen der Schuldner weiterhin als kreditwürdiger Geschäftsinhaber, während er u. U. einem Dritten sein ganzes Geschäft zur Sicherheit übereignet hat und diesem gegenüber nur noch die Stellung eines abhängigen Verwalters einnimmt (Tatbestand der stillen Geschäftsinhaberschaft)[8]). Bei solcher Sachlage wird der Sicherungsgläubiger häufig das Bewußtsein haben, daß spätere, nichts ahnende Kreditgeber wegen der für ihn ausbedungenen übermäßigen und undurchsichtigen Sicherheit zu Schaden kommen. Dieses Bewußtsein kann entweder schon zur Zeit des Abschlusses des Sicherungsvertrages gegeben sein (Tatbestand der Gläubigergefährdung), oder erst später mit der weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners eintreten (sogen. mala fides superveniens). Bestimmt der Sicherungsgläubiger Dritte noch ausdrücklich zur Kreditgewährung an den Schuldner, indem er sie über die durch den Abschluß der Sicherungsverträge hervorgerufene Kreditunwürdigkeit des Schuldners täuscht, so erfüllt er damit den Tatbestand des Kreditbetruges. Endlich kann er auch den Schuldner von der durch die Verhältnisse gebotenen Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung abhalten, indem er ihm einen zur vorläufigen Weiterführung des Geschäfts genügenden Kredit zur Verfügung stellt und selbst versucht, sich in der Zwischenzeit aus

---

[5]) Vgl. Weinhausen a. a. O. S. 71 ff.; Bonnet S. 36 ff.; Zs. f. d. Notariat, S. 167.

[6]) Vgl. RG. in JW 1934, S. 222.

[7]) Vgl. Fuchs a. a. O.; Cahn a. a. O.; Hesselbach S. 3; Heck, Sachenrecht § 107, 3; Schwister, a. a. O.; a. M.: insbes. Hoeniger S. 40 ff.; Bendix S. 409.

[8]) Vgl. hierzu wie zu den folgenden Tatbeständen: RGZ 136, 253.

dem noch vorhandenen Aktivvermögen des Schuldners zu befriedigen (Tatbestand der Konkursverschleppung). Ob sich der Sicherungsgläubiger in all diesen Fällen den Drittgläubigern gegenüber schadensersatzpflichtig macht, wird erst später zu erörtern sein. Hier soll nur darauf hingewiesen sein, daß durch die mangelnde Erkennbarkeit der Uebereignungen für die Sicherungsvertragsparteien die Möglichkeit zu Unredlichkeiten gegeben ist und Dritte erhebliche Nachteile erleiden können. Sie erfahren die Kreditunwürdigkeit des Schuldners in vielen Fällen erst dann, wenn sie sich wegen ihrer Forderungen am Schuldnervermögen befriedigen wollen und nunmehr der Sicherungsgläubiger die Gegenstände als sein Eigentum in Anspruch nimmt. Weiterhin können auch Warenlieferanten, die dem Schuldner nach Abschluß des Sicherungsvertrages Waren auf Kredit liefern, ohne sich an denselben das Eigentum vorzubehalten, erheblich geschädigt werden [9]). Durch den Abschluß von Sicherungsübereignungen größeren Umfanges wird mithin die Kreditwürdigkeit des Schuldners bedeutend beeinträchtigt, während nach außen der falsche Schein der Kreditwürdigkeit des Schuldners erhalten bleibt (Tatbestand der „Kredittäuschung"). Es wird damit eine Gefahrenquelle für alle diejenigen geschaffen, die später mit dem Schuldner in geschäftliche Beziehnugen treten [10]).

Diesen Grundfehler der Sicherungsübereignung gilt es zu beseitigen, soll die Sicherungsübereignung als ein brauchbares Kreditmittel gewertet werden. Jener Nachteil kann nicht dadurch hinweggeleugnet werden, daß man auf andere Rechtsinstitute (z. B. Eigentumsvorbehalt, Kommissionsverhältnis) verweist, die ebenfalls ein Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum bewirken [11]). Durch solche Hinweise kann man diese Gefahr der Sicherungsübereignung nicht beschönigen, viel weniger noch beseitigen.

Eine Aenderung des gegenwärtigen Zustandes kann auch nicht dadurch herbeigeführt werden, daß man im Schrifttum – oft ohne jede Begründung — zur Beseitigung dieses Mangels de lege ferenda die Einführung eines Registerpfandrechts befürwortet, ohne auch nur den Versuch zu unternehmen, nach geltendem Recht diesen Nachteil der Sicherungsübereignung zu beseitigen [12]). In der heutigen Zeit

[9]) Diese Mängel der Sicherungsübereignung können aber nicht dazu führen, dem wirtschaftlich unentbehrlichen Kreditmittel ganz allgemein die rechtliche Anerkennung zu versagen; so zu Unrecht: Landgericht Breslau, „Deutsche Justiz" S. 413 f. Zutreffend die Anmerkung von Ministerialrat Pätzold.

[10]) So mit Recht: Siebert, Das rechtsg. Treuhandverh. S. 56 Anm. 15; Schöndorf a. a. O.; Bonnet, a. a. O.; Hoeniger, S. 40 ff.; Weisweiler S. 14.

[11]) So Bauer-Mengelberg a. a. O.

[12]) Schoendorf a.a. O.; Cahn a. a. O.; Bonnet S. 50; Weisweiler S. 45 ff.; vgl. neuestens v. Liebig u. Bechert a. a. O.

aber, wo der Gesetzgeber eine so große Fülle von Problemen zu lösen hat, darf seine Tätigkeit nur im Notfall, d. h. mangels ausreichender Rechtsbehelfe nach geltendem Recht in Anspruch genommen werden. Hinzukommt, daß gegen die Einführung des Registerpfandrechts mit Recht erhebliche Bedenken erhoben worden sind [13]).

Es soll deshalb im folgenden der Versuch unternommen werden, — solange eine gesetzliche Regelung nicht erfolgt ist, — nach geltendem Recht die Gefahren, die in der mangelnden Erkennbarkeit der Sicherungsübereignungen für dritte Gläubiger liegen, zu beseitigen oder doch in solchem Umfange einzuschränken, daß sich gesetzgeberische Maßnahmen erübrigen [14]).

Den Drittgläubigern kann einmal dadurch geholfen werden, daß den für sie nachteiligen Sicherungsverträgen die Wirksamkeit genommen wird, die Sicherungsgegenstände mithin im Eigentum des Schuldners verbleiben. Die Drittgläubiger erlangen dadurch die Möglichkeit, sich wegen ihrer Forderungen aus den Sicherungsgegenständen zu befriedigen. Soweit aber die Wirksamkeit der Sicherungsverträge nicht angegriffen werden kann, die Sicherungsgegenstände also endgültig aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind, soll versucht werden, den Drittgläubigern einen Anspruch gegen den Sicherungseigentümer zu geben. Denn im Falle der Gültigkeit der Verträge wird der kreditunwürdige Schuldner zum Ersatz ihres erlittenen Ausfalls außerstande sein, so daß den Beteiligten an einem Anspruch gegen den Schuldner nichts gelegen sein wird. Es kann sich also nur darum handeln, entweder die Wirksamkeit der Sicherungsverträge anzugreifen oder den Sicherungsgläubiger in Anspruch zu nehmen. Etwaige gegen den Schuldner bestehende Ansprüche können daher wegen ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit bei den folgenden Untersuchungen unerörtert bleiben.

Den Ausgangspunkt unserer Betrachtungen sollen die bisher in der Rechtsprechung und im Schrifttum angewandten Rechtsbehelfe sein. Es wird zu prüfen sein, ob diese Rechtsbehelfe den Drittgläubigern eine genügende Hilfe gewährleisten bzw. worauf ihr Versagen zurückzuführen ist.

---

[13]) Vgl. Lehmann, Gläubigerschutz, S. 75 ff.; Schwister, Der Eigentumsvorbehalt, in DJZ 1931, S. 1163; Meyerstein a. a. O.; Maurer, a. a. O.; Oertmann in DJZ 1911 Sp. 1178; Sättler a. a. O.; Hesselbach S. 80; Ackermann S. 177; Hoeniger S. 6 ff.

[14]) Das Innenverhältnis zwischen den Sicherungsvertragsparteien (Knebelungsverträge etc.) bleibt also im folgenden unerörtert. Ebenfalls interessieren nicht die Wirkungen der Sicherungsübereignung in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs.

I. Hauptteil:

Die bisherigen Versuche der Gefahrenbeseitigung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Schrifttum.

§ 2. Die Möglichkeit der Anfechtung von Sicherungsverträgen.

1. Nach dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung.

Als erster Rechtsbehelf zum Schutze der Drittgläubiger soll die Möglichkeit der Anfechtung der vom Schuldner abgeschlossenen Sicherungsverträge geprüft werden. Die gesetzlichen Grundlagen bieten § 3 Ziff. 1 des AnfGes.[15]) und § 31 Ziff. 1 der KO. Nach diesen Vorschriften sind Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner in der dem andern Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, sofern durch den Abschluß des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden[16]).

Der äußere Tatbestand der Anfechtung nach den angeführten Gesetzesstellen setzt voraus, daß der anfechtende Gläubiger durch den Abschluß der Sicherungsübereignung benachteiligt wurde. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn durch die Sicherungsübereignung das Vermögen des Schuldners geschmälert wurde. Da durch die Sicherungsübereignung die Sicherungsgegenstände aus dem Vermögen des Schuldners ausscheiden und in das Eigentum des Sicherungsnehmers übergehen, wird durch den Vertrag das Vermögen des Schuldners verkürzt, und es kann dadurch eine Benachteiligung der anderen Gläubiger des Schuldners eintreten. Wenn auch die Sicherungsübereignung wirtschaftlich betrachtet, nur die Aufgaben eines Pfandrechts erfüllen soll, so stellt sie doch rechtlich eine Ueber-

[15]) Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. 7. 1879 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898.

[16]) Die in § 3 Ziff. 2–4 AnfGes. bezw. in den §§ 31 Ziff. 2, 32 KO aufgezählten Anfechtungsgründe haben in diesem Zusammenhang keine Bedeutung, da Sicherungsübereignungen in der Regel der Fälle nicht mit nahen Verwandten abgeschlossen zu werden pflegen. — Auch als unentgeltliche Verfügungen können sie nicht angesehen werden, da der Sicherungsnehmer eine Gegenleistung in irgendeiner Form erbringt. In der Regel der Fälle besteht die Gegenleistung in der Einräumung eines Kredites. Gleichgültig ist dabei, ob die Gewährung desselben gleichzeitig mit dem Abschluß des Sicherungsvertrages erfolgt, oder ob der Sicherungsnehmer dem Schuldner schon vorher Kredit eingeräumt hat. (So auch Jacusiel S. 50.)

eignung und damit eine Verfügung im Sinne der genannten Bestimmungen dar.

Der innere Tatbestand der Gläubigeranfechtung erfordert auf Seiten des Schuldners, daß dieser die Rechtshandlungen in der Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. Dabei ist es nun nicht erforderlich, daß die Benachteiligung alleiniger Zweck der Vornahme der Rechtshandlungen ist und daß sich die Benachteiligungsabsicht gegen ganz bestimmte Gläubiger richtet. Würde man diese Umstände voraussetzen, so wäre von vornherein eine Anfechtung praktisch unmöglich. Es würde auch zur Folge haben, daß nur diejenigen Gläubiger den Vertrag anfechten könnten, die bereits zur Zeit des Abschlusses desselben eine Forderung gegen den Schuldner hätten, während gerade diejenigen, die in Unkenntnis der vom Schuldner vorgenommenen Uebereignung ihm Kredit gewähren und besonders schutzbedürftig sind, überhaupt nicht zur Anfechtung befugt wären. Es genügt daher, daß zur Zeit der Vornahme der anzufechtenden Handlung noch Gläubiger vorhanden sind, zu deren Nachteil die Rechtshandlungen vorgenommen werden können[17]). Eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners wird immer dann vorliegen, wenn sich der Schuldner bewußt ist, daß durch die Vornahme der Sicherungsübereignung andere Gläubiger benachteiligt werden und trotzdem das Rechtsgeschäft vornimmt. Es wird also regelmäßig genügen, daß der Schuldner die Benachteiligung seines Gläubigers als eine „notwendige oder doch aller Wahrscheinlichkeit nach eintretende“[18]) Folge der Sicherungsübereignung zu erwarten hatte. Aus dem Bewußtsein eines die Gläubiger benachteiligenden Erfolges wird sich regelmäßig ergeben, daß der Schuldner die Benachteiligung auch als Erfolg seiner Handlung gewollt und damit beabsichtigt hat.

Auf Seiten des Sicherungsnehmers verlangt der innere Tatbestand die positive Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners. Dieses weitere gesetzliche Erfordernis will den gutgläubigen Sicherungsnehmer schützen. War ihm sei es auch in Folge grober Fahrlässigkeit — die Benachteiligungsabsicht des Schuldners unbekannt, so soll er keinen Rechtsnachteil erleiden.

Die erfolgreiche Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz bewirkt, daß die nachteilige Rechtshandlung — in unserem Fall also die Sicherungsübereignung — dem Anfechtungsgläubiger gegenüber rechtsunwirksam ist (relative Nichtigkeit), § 7 a. a. O. Gegenüber dem Anfechtungsgläubiger bleibt mithin der Sicherungsgeber Eigentümer der Sicherungsobjekte, so daß er die Möglichkeit hat, sich wegen seiner Forderungen aus diesen Gegenständen zu befriedigen. Eine ähnliche Wirkung hat die Anfechtung nach der KO.; nach 37 a. a. O.

---

[17]) Sydow-Busch S. 791; Schaefer S. 111; RGZ 117, 162.
[18]) Vgl. RG in Warn. 1929 Nr. 165.

müssen die Sicherungsgegenstände zu der Konkursmasse zurückgewährt werden, so daß sie damit den benachteiligten Gläubigern wieder als Befriedigungsobjekte zufließen.

Diese Wirkungen der Anfechtung würden den Interessen der durch die Sicherungsübereignung geschädigten Drittgläubigern vollauf genügen. Trotzdem zeigt die Praxis, daß die Anwendung der Anfechtungsvorschriften zum Schutze der Drittgläubiger gar nicht gebräuchlich ist. Es ist dies darauf zurückzuführen, daß die Anfechtung wegen der Beweisschwierigkeit nur in ganz krassen Fällen zum Erfolge führt. Der anfechtende Gläubiger hat alle Voraussetzungen der Anfechtung darzulegen und im Streitfalle zu beweisen. Insbesondere muß er auch die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon schon zur Zeit des Abschlusses der Sicherungsübereignung dartun[19]). Diese inneren Tatbestandsmerkmale sind den Vertragsparteien sehr schwierig nachzuweisen. Mag sich auch im einzelnen Fall aus den Umständen ergeben, daß sich der Schuldner der nachteiligen Folgen seiner Handlungsweise bewußt war und daraus auf seine Benachteiligungsabsicht geschlossen werden könne, so wird doch in den weitaus meisten Fällen der Anfechtungsgegner leicht den Nachweis erbringen können, daß ihm zur Zeit des Abschlusses der Sicherungsübereignung die rechtswidrige Absicht des Schuldners nicht bekannt gewesen sei.

Die bisher herangezogenen Anfechtungsvorschriften bieten mithin, allein schon wegen der Ungewißheit, ob sie im einzelnen Fall zum Erfolge führen, dem Drittgläubiger keinen genügenden Schutz[20]).

2. Nach den Anfechtungsvorschriften des BGB (§ 119 Abs. 2, § 123).

Im Schrifttum sind in der letzten Zeit auch die Anfechtungsvorschriften des BGB. herangezogen worden, um Gläubiger vor Schädigungen durch übermäßige Sicherungsübereignungen zu schützen. Martin[21]) behandelt folgenden Fall: Ein Gläubiger X liefert seinem Kunden Waren auf Kredit. Da der Empfänger der Waren seiner

---

[19]) Warneyer, AnfGes. Anm. 2, 17 zu § 3; Schäfer a. a. O. S. 136.

[20]) Eine Reform des Anf.Ges., vor allem in Bezug auf die Beweislast, ist daher nötig. Die Beweislast im § 3 Ziff. 1 wird in gleicher Weise zu regeln sein wie in Ziff. 2 des § 3. Der Anfechtungsberechtigte hat in jedem Fall nur die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, nachzuweisen, während dem Anfechtungsgegner der Beweis obliegt, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war. Eine völlige Umkehrung der Beweislast ist abzulehnen, da der Schuldner den Nachweis, daß er nicht die Absicht hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht erbringen kann. Ein näheres Eingehen auf diese Fragen ist angesichts des Umstandes, daß uns nur das geltende Recht interessieren soll, nicht möglich.

[21]) Martin, S. 50 ff.

Bank bereits das Aktivvermögen zur Sicherung übereignet hat und ihr auch durch antizipiertes Besitzkonstitut das Eigentum an sämtlichen künftig zu erwerbenden Vermögenswerten übertragen muß, sind die Waren mit der Einbringung in das Lager des Schuldners Eigentum der Bank geworden. Der Gläubiger war aber bei der Lieferung an den Schuldner der Meinung, diesem die Waren zu übereignen. Die Abmachung zwischen dem Schuldner und der Bank sowie die völlige Kreditunwürdigkeit des Schuldners waren ihm nicht bekannt. Da die Kreditwürdigkeit des Käufers im Handelsverkehr bei Kreditgeschäften als eine wesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. angesehen wird [22]), und weiterhin anzunehmen ist, daß der Gläubiger dem Schuldner die Waren bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht geliefert haben würde, kann nach Martin der Gläubiger das Kreditgeschäft nach § 119 Abs. 2 BGB. anfechten und die gelieferte Ware nach §§ 812 ff. BGB. kondizieren. Ist er durch arglistige Täuschung zur Kreditgewährung bestimmt worden, so kann er das Kreditgeschäft wegen arglistiger Täuschung anfechten und die gelieferten Waren nach § 985 ff. BGB. vindizieren; die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ergreife auch das Erfüllungsgeschäft, falls der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum im Zeitpunkt der Uebereignung der Ware noch fortbestand.

Die soeben erörterten Anfechtungsmöglichkeiten haben in diesem Zusammenhang in der Praxis keine Bedeutung erlangt. Das ist einmal darauf zurückzuführen, daß sich die Warenlieferanten in den meisten Fällen an den auf Kredit gelieferten Waren das Eigentum bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, der Sicherungsgläubiger mithin an diesen Waren mangels Besitzerlangung nicht gutgläubig Eigentum erwerben kann, § 933 BGB.

Vor allem aber ist zu beachten, daß die wirksam erfolgte Anfechtung dem Gläubiger nur dann einen Nutzen bringt, wenn die Anfechtung auch das dingliche Erfüllungsgeschäft mitumfaßt, und der Gläubiger einen Herausgabeanspruch gegen den Schuldner erlangt. Ergreift die Anfechtung nur das Kausalgeschäft, so steht dem Gläubiger lediglich ein Bereicherungsanspruch nach §§ 812 ff. BGB. zu, der für ihn wertlos ist. Für diesen Fall bleibt nämlich der Sicherungsnehmer Eigentümer der vom Gläubiger gelieferten Waren. Der Gläubiger ist in diesem Fall auf einen Wertersatzanspruch gegen den seiner Barmittel völlig beraubten Schuldner angewiesen, §§ 818 ff. BGB. Dieser Anspruch bietet ihm aber im Vergleich zu seiner Kaufpreisforderung keinen Vorteil. So wenig wie ihm der Schuldner den vereinbarten Kaufpreis zahlen konnte, wird er ihm den Wert der gelieferten Waren ersetzen können. Einer Anfechtung bedurfte es daher nicht.

---

[22]) Vgl. RGZ. 66, 388.

Die Rechtslage des Gläubigers bessert sich nur dann, wenn die Anfechtung auch das dingliche Erfüllungsgeschäft mitumfaßt. Wegen der rückwirkenden Kraft der Anfechtung, § 142 BGB., konnte die Bank von dem Schuldner mittels constitutum possessorium kein Eigentum erlangen. Hierzu wäre vielmehr, da Erwerb vom Nichtberechtigten vorliegt, Besitzerlangung der Bank notwendig, § 933 BGB. Dem Gläubiger steht mithin ein Herausgabeanspruch gegen den Schuldner zu, § 985 BGB.[23]). Die Verwirklichung dieses Anspruchs wird aber in den meisten Fällen dadurch vereitelt, daß der Schuldner die gelieferten Waren, bevor der Gläubiger von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, weiterveräußert und sie daher nicht mehr in seinem Besitz hat

So erklärt es sich, daß die Anfechtungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Beseitigung der durch die Sicherungsübereignung hervorgerufenen Gefahren in der Rechtsprechung keine Bedeutung erlangt haben.

§ 3. Die Nichtigkeit der Sicherungsverträge (§ 138 Abs. 1 BGB).

Während die Anfechtung von Sicherungsübereignungen in der Praxis des Reichsgerichts keine große Bedeutung erlangt hat, hat sich eine umfangreiche reichsgerichtliche Rechtsprechung über die Sittenwidrigkeit von Sicherungsverträgen entwickelt. Schon in der Entscheidung des VI. Z. S. vom 23. 6. 1904[24]) sind die §§ 138 Abs. 1 und 826 BGB. als Rechtsbehelfe zum Schutze dritter Gläubiger angeführt und in der Folgezeit auch zahlreich zur Grundlage der ergangenen Entscheidungen gemacht worden, wobei § 138 Abs. 1 BGB. den Löwenanteil erhielt. In der neuesten Zeit, insbes. durch die Entscheidung des 9. Z. S. vom 9. 4. 1932[25]), in der der Tatbestand der Gläubigergefährdung aufgestellt wurde, hat § 826 BGB. wieder an Bedeutung gewonnen. Es soll nun zunächst die zu § 138 Abs. 1 BGB. in diesem Zusammenhange ergangene Rechtsprechung des Reichsgerichts mitgeteilt und kritisch gewürdigt werden, um dann unter III die Anwendungsmöglichkeiten des § 826 zu untersuchen.

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Bei der Behandlung der Nichtigkeit von Sicherungsverträgen nach § 138 Abs. 1 BGB. sollen zunächst die Fälle der reichsgericht-

---

[23]) Eine Anfechtung der dinglichen Uebereignung ist auch im Falle des § 119 Abs. 2 BGB. zulässig, falls bei Vornahme des Vollzugsgeschäftes der Irrtum noch bestand. Vgl. Lehmann, Allg. Teil, § 27 III; Enneccerus-Nipperdey § 190 II, 3; v. Staudinger, Anm. 1 b zu § 142; RGRK. Anm. 1 zu § 142; Oertmann Anm. 2 b zu § 142.

[24]) Vgl. RG. in Gruch. Bd. 49 S. 352.

[25]) Vgl. RGZ. 136, 253.

lichen Rechtsprechung mitgeteilt werden, in denen der Schuldner dem Gläubiger sein gesamtes Vermögen zur Sicherheit übereignet.

a) Sicherungsgegenstand ist das gesamte Vermögen des Schuldners.

In der Entscheidung des II. Z. S. vom 5. 5. 1911 [26]) hatte der Schuldner seinem Gläubiger zur Sicherheit das ganze Lager fertiger und halbfertiger Waren, alle Rohmaterialien, Werkzeuge und Geschäftseinrichtungsgegenstände übereignet, ihm sämtliche vorhandenen und zukünftigen Geschäftsaußenstände übertragen mit der Verpflichtung, auch alle später zu erwerbenden Rohmaterialien und Waren auf den Gläubiger zu übertragen. Soweit das Reichsgericht die abgeschlossene Sicherungsübereignung als Knebelungsvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB. für nichtig erklärt, den Verstoß gegen die guten Sitten also im Verhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Schuldner annimmt, interessieren uns die Entscheidungsgründe nicht. Das Reichsgericht erklärt aber zugleich den Sicherungsvertrag im Hinblick auf die Interessen Dritter für nichtig. Es führt aus, daß „die Rücksicht auf den gesunden Verkehr, auf die Interessen der sonstigen Gläubiger, an denen es bei einem Schuldner, der sich zu derartigen Verträgen bestimmen läßt, niemals fehlen wird, insbesondere auf diejenigen, von denen der Schuldner die Waren zu seinem weiteren Geschäftsbetriebe entnimmt, erfordert, daß eine Vereinbarung, durch die der Schuldner sich seines gesamten, dem Geschäftsbetriebe dienenden Vermögens, auch des zukünftig zu erwerbenden, zugunsten eines Gläubigers entäußert und zum bloßen Werkzeuge dieses Gläubigers wird, während er gleichwohl nach außen hin den Schein eines selbständigen Gewerbebetriebes aufrechterhält, die rechtliche Anerkennung versagt werde."

Ebenso erklärt der I. Z. S. im Urteil vom 24. Januar 1912 [27]); eine Sicherungsübereignung des gesamten Geschäftsvermögens für nichtig, da es gegen die guten Sitten und die Auffassung des redlichen Verkehrs verstoße, wenn durch den Vertrag dem Geschäft des Schuldners nur der äußere Anschein der Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit belassen würde, während in Wirklichkeit alle gegenwärtigen und künftigen Aktiven des Geschäfts ihm im voraus entzogen und zum Nachteil aller übrigen mit der Firma in geschäftliche Beziehungen tretenden Kontrahenten zur Sicherung eines einzelnen Gläubigers verwendet würden. Entsprechende Ausführungen finden sich in dem Urteil des VII. Z. S. vom 17. 12. 1912 [28]).

Allen drei angeführten Urteilen ist gemeinsam, daß sie die Sicherungsübereignung des ganzen Vermögens, die nach außen hin

---

[26]) RG. in JW. 1911 S. 576.
[27]) Vgl. JW. 1912 S. 457.
[28]) Vgl. JW. 1913 S. 318.

nicht kenntlich gemacht wird, wegen der dadurch begründeten Gefahrenlage für Dritte nach § 138 Abs. 1 BGB für nichtig erklären, ohne auf den Willen und die Absicht der Vertragsparteien bei Vornahme des Geschäftes einzugehen. Die Entscheidungen gehen zwar davon aus, daß die Schuldner bei der beabsichtigten Fortführung des bisherigen Betriebes nach Abtretung aller Aktiven Kredit würden in Anspruch nehmen müssen. Sie heben hervor, daß die neuen Gläubiger, die mit den Schuldnern im Vertrauen auf den äußeren Schein ihrer Kreditwürdigkeit in geschäftliche Beziehungen treten, Schaden erleiden würden. Ob aber die Parteien oder eine von ihnen diesen Erfolg gewollt oder gar beabsichtigt haben, oder vielmehr darauf vertrauten, daß der dem Schuldner gewährte Kredit zur Fortführung des Geschäftes genügen würde, darüber fehlen in den angeführten Entscheidungen jede Ausführungen. Die subjektiven Einstellungen der Vertragsparteien werden nicht erwähnt, vielmehr genügt dem Reichsgericht zur Annahme der Sittenwidrigkeit der äußere Tatbestand der Vermögensübertragung ohne Kenntlichmachung.

Ganz anders die späteren Urteile des Reichsgerichts. Obwohl auch hier der Schuldner dem Gläubiger sein gesamtes Vermögen zur Sicherheit übereignete, und seine dadurch hervorgerufene völlige Kreditunwürdigkeit nach außen in keiner Weise kenntlich wurde, begnügt sich das Reichsgericht mit diesen Feststellungen nicht. So führt der IV. Z. S. im Urteil vom 20. Februar 1930 [29]) trotz des Vorliegens des oben erwähnten äußeren Tatbestandes aus, daß in subjektiver Hinsicht zur Anwendung des § 138 BGB. die Absicht des Schuldners, die Sicherungsübereignung den übrigen Gläubigern zu verheimlichen und sie über seine Kreditwürdigkeit zu täuschen, nicht genüge; auch der Gläubiger, der sich die Sicherung gewähren läßt, müsse, wenn auch nicht mit der Absicht der Schädigung der sonstigen Gläubiger, so doch mindestens mit dem Bewußtsein gehandelt haben, daß die sonstigen Gläubiger durch den Sicherungsvertrag geschädigt werden. Auch die Entscheidungen des VI. Z. S. vom 9. 12. 1929 [30]) und des VII. Z. S. vom 11. Februar 1930 [31]) fordern zur Annahme einer Sittenwidrigkeit eines Sicherungsvertrages der gesamten Vermögenswerte das beiderseitige Bewußtsein der Vertragsparteien von der Möglichkeit der Schädigung der übrigen Gläubiger. Entsprechende Ausführungen finden sich noch in dem Urteil des VII. Z. S. vom 23. März 1929 [32]), wo die Schuldnerin der Klägerin das gesamte Vermögen außer einigen Sachen von ganz geringem Werte zur Sicherheit übereignete.

Erwähnenswert ist weiterhin, daß das Reichsgericht auf eine zu Sicherungszwecken vorgenommene Vermögensübertragung § 419 BGB.

[29]) Warn. 1930 Nr. 100.
[30]) JW 1930 S. 2927.
[31]) Warn. 1930 Nr. 67.
[32]) Warn. 1929 Nr. 74.

für anwendbar erklärt [33]). Diese Vorschrift ist aber als eine Schutzbestimmung für geschädigte Gläubiger ohne große Bedeutung [34]). Abgesehen davon, daß die Forderungen der letzteren vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem Uebertragenden gegenüber bereits entstanden sein müssen [35]), diese Vorschrift also nur zugunsten von Altgläubigern in Frage kommen kann, gehört zu den Gläubigern im Sinne des § 419 Abs. 1 auch der Uebernehmer selbst, falls ihm bereits vor Abschluß des Sicherungsvertrages eine Forderung gegen den Schuldner zustand. Da dies in den Fällen der Vermögensübertragung zu Sicherungszwecken häufig der Fall sein wird, so kann sich der Sicherungsgläubiger wegen seiner Forderungen vorweg aus dem übernommenen Vermögen befriedigen, so daß den übrigen Gläubigern des Schuldners nur das restliche Vermögen zu ihrer Befriedigung verbleibt.

b) Sicherungsgegenstand ist nur ein Teil des Schuldnervermögens.

Waren die Voraussetzungen, die das Reichsgericht zur Annahme der Sittenwidrigkeit von Sicherungsverträgen des gesamten Vermögens forderte, nicht immer die gleichen, indem es in neuester Zeit das Bewußtsein der Schädigung der übrigen Gläubiger auf Seiten der Vertragsparteien forderte, so war die Rechtsprechung bei Sicherungsverträgen über Vermögensteile in dieser Hinsicht von vornherein eine einheitliche. Von Anfang an traten hier die subjektiven Momente der Vertragsparteien in den Vordergrund. Der äußere Tatbestand allein, nämlich die Vornahme der die Kreditfähigkeit des Schuldners beeinträchtigenden Sicherungsübereignung genügte niemals, um letztere nach § 138 Abs. 1 für nichtig zu erachten Im Urteil vom 9. Januar 1914 [36]) betont bereits der VII. Zivilsenat, daß „beide Beteiligte sich auch dessen bewußt waren, daß gegenwärtige oder künftige Gläubiger des Schuldners durch die nach außen in keiner Weise hervortretende Sicherungsübereignung geschädigt würden". Es genügt also nach Ansicht des Reichsgerichts nicht einmal, daß einer der Vertragsteile mit der Möglichkeit der Schädigung Dritter rechnete, sondern beide, Schuldner und Sicherungsnehmer, müssen in diesem Sinne zur Zeit der Vor-

---

[33]) Vgl. RG in Konkurs u. Treuhandwesen 1933 S. 104.

[34]) Eine restlose Uebertragung des Vermögens setzt die Anwendung des § 419 BGB. nicht voraus. Der Umstand, daß dem Schuldner einzelne Vermögenswerte verbleiben, schließt die Annahme einer Vermögensübertragung nicht aus (vgl. Staudinger Anm. I 2 zu § 419 BGB.; Planck Anm. 1 zu § 419 BGB.). Auch ein Bewußtsein der Vertragsparteien, daß es sich um eine Vermögensübertragung handelt, ist nicht erforderlich (vgl. RGRK. Anm. 1 zu § 419 BGB.; Oertmann 2a zu § 419 BGB.; Staudinger Anm. I 2 zu § 419 BGB.; Warneyer Anm. 9 zu § 419 BGB.; RGZ. 85, 168; 92, 86.

[35]) Vgl. RGZ. 137, 56.

[36]) Gruch. 58 S. 826.

nahme der Sicherungsübereignung „bösgläubig" gehandelt haben. „Es muß also ein beiderseitiges sittenwidriges Handeln der Vertragsparteien angenommen werden können"[37]. Folgerichtig lehnt daher derselbe Senat im Urteil vom 16. März 1915[38] trotz Bösgläubigkeit des Sicherungsgebers die Anwendung des § 138 Abs. 1 ab, da die Gläubiger, obwohl sie reichliche Sicherheit erhielten, und obwohl die getroffenen Abmachungen geheimgehalten wurden, sich der Möglichkeit einer Schädigung Dritter nicht bewußt waren. Sie konnten vielmehr erwarten, daß die von ihnen aus Gefälligkeit zur Verfügung gestellten Mittel ausreichen würden, die entstandenen Schwierigkeiten zu beseitigen. Desgleichen lehnt der VII. Zivilsenat die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. in den Entscheidungen vom 5. 12. 1916[39] und vom 22. 12. 1916[40] ab, da sich die Vertragsparteien der Möglichkeit der Schädigung Dritter nicht bewußt waren.

Ueberhaupt genügt nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht jede theoretische Möglichkeit der Schädigung Dritter, um den erforderlichen inneren Tatbestand zu erfüllen, sondern es müssen, besondere, den Vertragsparteien bekannte Umstände vorgelegen haben. Diese müssen den Beteiligten eine Schädigung Dritter nahegelegt haben, so daß sie tatsächlich auch mit der Möglichkeit einer Schädigung gerechnet haben[41].

Endlich kann nach Ansicht des Reichsgerichts[42] die Sittenwidrigkeit eines Vertrages noch nicht allein darin liegen, daß die Sicherungsübereignung nach außen nicht in die Erscheinung tritt und die Vertragsteile mit der Möglichkeit rechneten, Gläubiger könnten hierdurch über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden und Schaden erleiden. Diese Umstände genügen dann nicht, wenn die Sicherungsübereignung zur Sanierung des Schuldners erfolgte, und dieser tatsächlich mit Hilfe des ihm gewährten Kredites seinen Geschäftsbetrieb noch eine geraume Zeit aufrechterhalten konnte.

Schon an dieser Stelle sei erwähnt, daß nach richtiger Ansicht des Reichsgerichts[43] die Anwendung des § 138 Abs. 1 auf die Sicherungsübereignung nicht nur die Nichtigkeit des obligatorischen Vertrages, sondern auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes bewirkt. Abstrakte Rechtsgeschäfte können wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein, wenn in ihnen die Umstände, die die Annahme einer Sitten-

[37]) RGZ. 118, 363; vgl. weiterhin: RG. in JW. 1924 S. 176, 143, 51; Warn. 1926 Nr. 84 und RG in Konkurs- u. TreuhW. 1933, 187.

[38]) Warn. 1914/15 Nr. 134; ferner der IX. Z. S. i. U. vom 15. 4. 1931 in Warn. 1931 Nr. 118.

[39]) JW. 1917 S. 217.

[40]) JW. 1917 S. 282.

[41]) Warn. 1931 Nr. 154; RG. in JW. 1931 S. 2088 p.

[42]) RGZ 132, 183; RG. WarnRsp. 1916, 477; 1929 Nr. 165.

[43]) RG. in JW. 1924 S. 176; Warn. 1926 Nr. 84, 1930 Nr. 67 u. Nr. 100, 1931 Nr. 118 u. Nr. 154; RG. in JW. 1931 S. 515; RGZ 118, 363.

widrigkeit rechtfertigen, zu finden sind [44]). In den hier zur Erörterung stehenden Fällen liegt der Sittenverstoß — die Gültigkeit der Sicherungsübereignung unterstellt — in der nach außen in keiner Weise erkennbaren Vermögensminderung des Schuldners, die seine Kreditunwürdigkeit und damit für Dritte die Gefahr der Schädigung zur Folge hat. Diese nachteiligen Wirkungen der Sicherungsübereignung werden aber durch das dingliche Erfüllungsgeschäft hervorgerufen. Bei Nichtigkeit des Erüfllungsgeschäfts bleibt der Schuldner Eigentümer der Sicherungsgegenstände, so daß der geschädigte Drittgläubiger in diese vollstrecken kann.

2. Kritische Betrachtung.

a) Die Voraussetzungen für die Sittenwidrigkeit einer Sicherungsübereignung.

Wenn wir zunächst einmal die Voraussetzungen betrachten, deren Vorliegen das Reichsgericht zur Annahme einer nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtigen Sicherungsübereignung verlangt, so sehen wir, daß sich diese Voraussetzungen in einen äußeren und einen inneren Tatbestand trennen lassen. Der äußere Tatbestand verlangt, daß durch die Vornahme der Sicherungsübereignung eine Gefährdung dritter Gläubiger eintritt, daß also der Schuldner infolge der Sicherungsübereignung nicht mehr in der Lage ist, seine übrigen Gläubiger zu befriedigen. Die veränderte Vermögenslage des Schuldners muß unbeteiligten Dritten gegenüber nicht erkennbar sein.

Zur Unsittlichkeit gehört nach Ansicht des Reichsgerichts in subjektiver Hinsicht, daß beide Parteien in dem Bewußtsein gehandelt haben, andere Gläubiger könnten durch die Verminderung des Aktivvermögens des Schuldners Schaden erleiden. Dabei ist allerdings nicht erforderlich, daß sie diese Folge ihrer Handlungsweise mit aller Bestimmtheit voraussahen; es genügt vielmehr, daß sie mit dieser Möglichkeit rechneten und für den Fall des Eintritts billigten (bedingter Vorsatz).

Diese Ansicht des Reichsgerichts findet im Schrifttum stillschweigende Billigung [45]), ihr ist auch in vollem Umfang zuzustimmen. Auch für den Fall, daß das ganze Vermögen des Schuldners zur Sicherheit übereignet wird, sind diese subjektiven Momente auf Seiten beider Vertragsparteien zu fordern. Denn es handelt sich in beiden Fällen um Rechtsgeschäfte, die nicht schon ihrem Gegenstand oder ihrem Inhalt nach gegen die guten Sitten verstoßen, denn die Uebertragung des ganzen Vermögens oder eines Teiles desselben ist an sich

---

[44]) Vgl. neuestens Hildebrandt, a. a. O. S. 82 f., S. 97.
[45]) Ausdrücklich nur Hamelbeck S. 24 ff.; a. M.: Weinhausen S. 69 ff.

noch nicht sittenwidrig[46]). Es liegen vielmehr Rechtsgeschäfte vor, denen erst durch den Beweggrund oder durch den Zweck der mit ihnen verfolgt wurde, also durch die persönliche Gesinnung und Absicht der Vertragsschließenden das Gepräge der Sittenwidrigkeit aufgedrückt wird. Für diese Fälle verlangt aber das Reichsgericht mit Recht, daß die subjektiven Voraussetzungen für die Annahme einer Sittenwidrigkeit auf beiden Seiten erfüllt sind[47]). Dieselbe Meinung vertritt auch das Schrifttum[48]). Der eine Vertragsteil kann unmöglich darunter leiden, daß sein Vertragsgegner mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes einen unsittlichen Zweck verfolgte. Der Sicherungsgläubiger, der nach den Umständen des Falles den Schuldner trotz der Vornahme der Sicherungsübereignung noch für einen begüterten Mann hielt und deshalb auch mit der Möglichkeit einer Schädigung Dritter nicht rechnet, verdient den Schutz des Gesetzes auch dann, wenn beim Schuldner das Schädigungsbewußtsein vorlag. Die „Bösgläubigkeit" des Schuldners allein kann dem Sicherungsgläubiger nicht zum Nachteil gereichen.

Daraus folgt nun, daß ein Drittgläubiger, der sich auf die Sittenwidrigkeit einer Sicherungsübereignung nach § 138 Abs. 1 berufen will, nicht nur dartun muß, daß durch den Sicherungsvertrag die Vermögenslosigkeit und damit Kreditunwürdigkeit des Schuldners hervorgerufen worden ist. Er muß überdies auch noch den Nachweis erbringen, daß die Vertragsteile mit der Möglichkeit einer Schädigung Dritter rechneten. Dieser Nachweis wird grundsätzlich in den Fällen leicht zu erbringen sein, in denen das ganze Vermögen des Schuldners Gegenstand des Sicherungsvertrages ist und dem Schuldner nicht gleichzeitig ein für die Fortführung seines Geschäftsbetriebes ausreichender Kredit eingeräumt wird. Die Vereinbarung einer übermäßigen und nach außen nicht erkennbaren Sicherheit zugunsten eines Gläubigers spricht stets für das Vorliegen des inneren Tatbestandes auf Seiten der Vertragsparteien. Wird in diesen Fällen dem Schuldner nicht ein für die Fortführung seines Betriebs ausreichender Kredit gewährt, so werden Schuldner und Gläubiger bei beabsichtigter Aufrechterhaltung des Schuldnerbetriebes davon ausgehen, daß sich der Schuldner von dritter Seite Kredit beschaffen müsse und diese Drittgläubiger möglicherweise Schaden erleiden werden. So hätte auch in den drei erstgenannten Entscheidungen[49]), in denen das Reichsgericht die subjektiven Momente unberücksichtigt ließ, der Nachweis des Schädigungsbewußtseins der Vertragsparteien leicht erbracht werden können.

---

[46]) RGZ 143, 51.

[47]) Vgl. RGZ. 99, 108; 114, 341; RG. in Konk. u. TreuhW. 1933 S. 187; RGZ. 143, 51.

[48]) Schmidt a. a. O. S. 100; Enneccerus-Nipperdey § 178 II, 1; Warneyer Anm. III zu § 138; Soergel Anm. 1 zu § 138.

[49]) S. oben S. 11.

Dies gilt insbesondere für die Entscheidung in JW. 1913 S. 318, wo die Sicherungsübereignung zur Sicherung bereits entstandener Schulden ohne neue Kreditgewährung abgeschlossen wurde. Schwierig zu erbringen ist dieser Nachweis aber in der Regel der Fälle dann, wenn nur Teile des Schuldnervermögens zur Sicherheit übereignet wurden, und dem Schuldner ein dem Werte der Sicherungsgegenstände entsprechender Kredit gewährt wurde[50]). Wenn hier im einzelnen Fall nicht besondere Umstände gegeben sind, wird es auch bei umfangreichen Sicherungen kaum möglich sein, insbesondere dem Sicherungsgläubiger nachzuweisen, daß er zur Zeit des Abschlusses des Sicherungsverungsvertrages — denn auf diesen Zeitpunkt kommt es allein an — mit der Möglichkeit der Schädigung Dritter rechnete[51]). Erschwert wird dieser Nachweis noch dadurch, daß das Reichsgericht im einzelnen Fall den genauen Beweis der den Vertragsparteien bekannten Umstände, die ihm eine Schädigung der anderen Gläubiger nahelegten, erfordert. Und weiterhin den Beweis, daß die Beteiligten aus diesen Umständen tatsächlich auf die Möglichkeit einer Schädigung geschlossen haben[52]). Auch aus der Verabredung der Geheimhaltung der Sicherungsübereignung ist noch nicht die Sittenwidrigkeit zu folgern, da die Verheimlichung nicht notwendig zum Zwecke der Täuschung des redlichen Verkehrs erfolgt, sondern u. U. zur Ermöglichung einer günstigen wirtschaftlichen Entwicklung des schuldnerischen Unternehmens in der Zukunft erforderlich und deshalb nicht ohne weiteres verwerflich ist[53]).

Wir sehen also, daß die Beweislast für den geschädigten Drittgläubiger, der die Sittenwidrigkeit des Sicherungsverfahrens dartun will, die gleich drückende ist wie in den oben unter I 1 besprochenen Fällen der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung. Es ist ihm deshalb nahezu unmöglich, sich auf die Sittenwidrigkeit eines solchen Vertrages zu berufen. Weinhausen[54]) will bei der Sicherungsübereignung, um damit zugleich der Beweisschwierigkeit zu entgehen, das Vorliegen des äußeren Tatbestandes ohne Rücksicht auf die innere Einstellung der Vertragsparteien zur Annahme einer Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts genügen lassen. Diese Sonderbehandlung der Sicherungsübereignung begründet er damit, daß letztere zwar durch Judikatur und Uebung sanktioniert sei, in ihrem Aufbau und in ihren wirtschaftlichen Folgerungen aber als ein Sondergebilde anzusprechen sei. Diese Begründung ist wenig überzeugend. Die Sicherungsübereig-

---

[50]) Vgl. RG. in LZ. 1931 Sp. 694 Nr. 4.

[51]) Tritt das Schädigungsbewußtsein beim Sicherungsnehmer erst später ein, so liegt der Tatbestand der sog. mala fides superveniens vor; s. u. unter § 4, 3.

[52]) RG. in Warn. 1931 Nr. 118 u. Nr. 154; RG. JW. 1931, 2088 p.

[53]) RG. in JW. 1917 S. 282.

[54]) Weinhausen a. a. O. S. 70.

nung ist als Rechtsgeschäft im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. anzusehen und unterliegt deshalb zur Annahme eines Sittenverstoßes denselben Voraussetzungen wie jedes andere Rechtsgeschäft.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen, die das Reichsgericht zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. auf den Sicherungsvertrag verlangt, erforderlich sind, daraus sich aber auf der anderen Seite ergibt, daß auch § 138 BGB. den geschädigten Drittgläubigern in der Mehrzahl der Fälle keinen genügenden Schutz gewährt.

b) Unterschiedliche Behandlung der Alt- und Drittgläubiger.

Es fragt sich weiterhin, welche Gläubiger des Schuldners sich überhaupt auf die Nichtigkeit der Sicherungsverträge berufen können. Wir haben hier zwischen den Gläubigern zu unterscheiden, deren Forderungen bereits zur Zeit des Abschlusses des Sicherungsvertrages bestanden (sog. Altgläubiger) und den Gläubigern, deren Forderungen erst später zur Entstehung gelangt sind (sog. Drittgläubiger). Ein Sittenverstoß kommt nur den letzteren gegenüber in Betracht [55]), da die Altgläubiger in keiner Weise zu der Zeit, als sie mit dem Schuldner in geschäftliche Beziehungen traten, über dessen Kreditwürdigkeit getäuscht wurden. Als ihre Forderungen gegen den Schuldner entstanden, war dessen Vermögen noch nicht durch einen Sicherungsvertrag gemindert. Sie hätten sehr leicht die Möglichkeit gehabt, sich ihrerseits wegen ihrer Forderungen eine reale Sicherheit zu verschaffen, andernfalls sie es ablehnen konnten, dem Schuldner Kredit zu gewähren. Sie verzichteten also freiwillig darauf, sich ein allen gegenüber geltendes Verwertungsrecht zu sichern und beließen damit dem Schuldner die uneingeschränkte Verfügungsmacht über sein Vermögen. Andererseits besteht für den Sicherungsgläubiger keine Pflicht, in Rücksichtnahme auf die Interessen der Altgläubiger seinerseits auf die dingliche Sicherheiten zu verzichten. Er kann m. E. ohne weiteres davon ausgehen, daß sich die Altgläubiger bereits wegen ihrer Forderungen gesichert haben. Ein Schädigungsbewußtsein wird hier fast immer fehlen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb vorsichtigen Gläubigern nur deshalb dingliche Sicherheiten versagt werden sollen, weil weniger vorsichtige Gläubiger von dem Schuldner keine Sicherheiten verlangt, ihm also Personalkredit eingeräumt haben [56]).

[55]) Auch das Reichsgericht führt diese Trennung in Dritt- und Altgläubiger nicht immer durch. Es sei nur auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in JW. 1911 S. 576; Warn. 1930 Nr. 100, 1931 Nr. 118 und in Konkurs- u. TreuhW. 1933 S. 187 hingewiesen. Das Reichsgericht spricht hier entweder ganz allgemein von den sonstigen Gläubigern oder ausdrücklich von den gegenwärtigen u. zukünftigen Gläubigern.

[56]) Rumpf a. a. O.

Ganz anders ist die Sachlage der Drittgläubiger. Als sie mit dem Schuldner in geschäftliche Beziehungen traten, war er nicht mehr der vermögende Mann, der er nach außen zu sein schien. Da die Sicherungsübereignungen für sie in keiner Weise kenntlich waren, wurden sie in den Glauben versetzt, daß die sich in dem Besitz des Schuldners befindlichen Gegenstände noch in seinem vollen Eigentum ständen, und er daher noch kreditwürdig sei. Diesen Gläubigern war von vornherein die Möglichkeit genommen — die Gültigkeit des Sicherungsvertrages einmal unterstellt — sich wegen ihrer Forderungen aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen. Sie können sich allein darüber beklagen, einer Scheinexistenz zum Opfer gefallen zu sein und deshalb dem Sicherungsgläubiger einen Verstoß gegen die guten Sitten wegen Abschlusses eines solchen Vertrages vorwerfen, wenn dieser sich dabei der Möglichkeit der Schädigung von Drittgläubigern bewußt war.

In dem Abschluß eines Sicherungsvertrages kann also nur — vorausgesetzt, daß die erforderlichen inneren und äußeren Tatbestandsmerkmale gegeben sind — Drittgläubigern gegenüber ein Verstoß gegen die guten Sitten angenommen werden. Und die Drittgläubiger allein verdienen auch, gegenüber dem Sicherungsgläubiger besonders geschützt zu werden, während sich die Altgläubiger nur an den Schuldner halten können, wenn dieser abredewidrig handelte. Personalkredit darf eben nur einem solchen Schuldner gewährt werden, zu denen der Gläubiger das Vertrauen hegen darf, er werde seine Rechtsposition nicht zum Nachteil des Kreditgebers ausnützen. Hat sich der Gläubiger in der Person des Schuldners getäuscht, so muß er diese Folgen selbst tragen und darf nicht andere, vorsichtigere Gläubiger für den erlittenen Schaden in Anspruch nehmen wollen. Jedenfalls bietet ihm § 138 BGB., wie wir gesehen haben, dafür keine Möglichkeit.

§ 4. Die Schadenersatzpflicht des Sicherungsnehmers (§ 826 BGB).

Die geschädigten Gläubiger haben weiterhin versucht, den Sicherungsgläubiger direkt wegen Abschlusses frauduloser Sicherungsverträge schadensersatzpflichtig zu machen. Wendeten im Falle des § 138 BGB. die Drittgläubiger die Sicherungsübereignung nur zu dem Zweck ein, die Nichtigkeit des Sicherungsabkommens feststellen zu lassen, um dann in die Sicherungsobjekte die Vollstreckung zu betreiben, so kümmert sie in den jetzt zu erörternden Fällen das Schicksal der Sicherungsobjekte nicht. Sie greifen nicht die Gültigkeit des Sicherungsvertrages an, sie wollen nicht die Sicherungsobjekte als zum Schuldnervermögen gehörend für sich in Anspruch nehmen, sondern sie wenden sich direkt an den Sicherungsgläubiger, um diesen

für den erlittenen Schaden haftbar zu machen. Die gesetzliche Grundlage bietet § 826 BGB. § 823 Abs. 1 BGB. scheidet von vornherein aus, weil keines der in diesem Paragraphen genannten absoluten Rechte verletzt wird, während § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. sehr wohl gegen Sicherungsgläubiger zur Anwendung kommen kann. Der Unterschied zwischen § 138 und § 826 BGB. besteht darin, daß nach § 138 BGB. das Rechtsgeschäft als solches beurteilt wurde, nach § 826 BGB. aber das Verhalten des Sicherungsgläubigers in Frage steht. Der Gegenstand der Beurteilung ist also hier eine Handlung, die erfolgt ist und Schaden verursacht hat[57]). Der Anspruch aus unsittlicher Schädigung steht nur in geringem Zusammenhang mit der Bestimmung über unsittliche Rechtsgeschäfte. So sind denn auch die Voraussetzungen und Wirkungen in beiden Fällen verschiedene. Es mag hier nur noch darauf hingewiesen werden, daß nach § 826 BGB. die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches unbedingt den Eintritt eines Schadens voraussetzt, während zur Annahme eines nach § 138 Abs. 1 nichtigen Sicherungsvertrages eine Schadenszufügung nicht erforderlich war. Die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung nach § 138 BGB. kann daher bereits vor Eintritt des Schadens vom Gericht festgestellt werden ohne Rücksicht darauf, ob bereits geschädigte Drittgläubiger vorhanden sind oder nicht.

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

a) Die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht.

Das Reichsgericht nimmt auf Seiten des Sicherungsnehmers eine vorsätzliche, gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung der Drittgläubiger an, wenn sich der Sicherungsnehmer in einer für unbeteiligte Dritte nicht erkennbaren Weise und unter Aufrechterhaltung einer in Wahrheit nicht mehr vorhandenen Kreditwürdigkeit des Schuldners das Vermögen des letzteren ganz oder teilweise übereignen läßt. Dabei muß der Sicherungsgläubiger bei Vornahme des Rechtsgeschäfts in dem Bewußtsein handeln, daß andere Gläubiger durch die Vornahme der Sicherungsübereignung geschädigt werden[58]). Die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht trennen sich also auch hier in einen äußeren und einen inneren Tatbestand.

Daß in diesen Fällen, wie überhaupt zur Anwendung des § 826, in subjektiver Hinsicht dolus eventualis genügt, d. h. daß der Schädiger den eingetretenen Schaden nicht als eine notwendige Folge, sondern nur als eine naheliegende Möglichkeit seines Tuns voraussah, ist schon in der Entscheidung des VI. Z. S. vom 18. 5. 1911[59]) anerkannt und

---

[57]) Vgl. Eckstein a. a. O. S. 211.
[58]) Vgl. insbes. RGZ. 77, 210; Warn. 1927 Nr. 74.
[59]) JW. 1911 S. 650.

seitdem immer vom Reichsgericht vertreten. Nicht erforderlich ist weiterhin, daß der Handelnde weiß, wer durch sein Handeln geschädigt wird; es genügt vielmehr das Bewußtsein, er werde das Vermögen eines andern schädigen [60]). Auch das Bewußtsein, daß seine Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, braucht der Sicherungsnehmer nicht zu haben [61]).

Im Hinblick auf den äußeren Tatbestand führt der VI. Z. S. im Urteil vom 24. 6. 1911 [62]) treffend aus: „Das Geschäftsgebahren von Kaufleuten, mit deren geschäftlichem Unternehmen es abwärts geht, auf das Andringen eines einzelnen Hauptgläubigers diesem das gesamte Warenlager mit Einschluß der als Ersatz für abgehende Waren neu einlaufenden Waren zu verpfänden oder zur Sicherheit zu übereignen, bildet, für den gesunden Kreditverkehr eine schwere Gefahr, wenn nicht das neugeschaffene dingliche Rechtsverhältnis mit für alle Beteiligten, die sehen wollen, deutlich wahrnembaren Kennzeichen nach außen kundgemacht wird." Der Verstoß gegen die guten Sitten liegt also in der Nichterkennbarkeit der Sicherungsübereignung und der dadurch verursachten Gefahrenlage für Drittgläubiger.

Der IX. Zivilsenat hat dann in dem Urteil vom 9. 4. 1932 [63]) fünf Arten von Tatbeständen aufgestellt, bei deren Vorliegen nach Ansicht des Reichsgerichts ein Schadensersatzanspruch gegen den Sicherungsnehmer nach § 826 BGB. begründet ist. Es sind dies die zum Teil schon in der Einleitung hervorgehobenen Fälle: Konkursverschleppung — Aussaugung — Kredittäuschung — Gläubigergefährdung — stille Geschäftsinhaberschaft —.

Der Tatbestand der Konkursverschleppung ist dann gegeben, wenn der Sicherungsnehmer den Sicherungsgeber zum Nachteil anderer Gläubiger von dem durch die Verhältnisse gebotenen alsbaldigen Antrag aus Konkurseröffnung abhält, um sich selber aus den erlangten Sicherheiten oder dem sonstigen Vermögen des Sicherungsgebers ungehindert befriedigen zu können. Dieser Tatbestand fällt streng genommen nicht unter den von uns aufgestellten Tatbestand der Kredittäuschung. Verstanden wir unter Kredittäuschung die erhebliche Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit des Schuldners durch die vorgenommene Sicherungsübereignung, während nach außen der falsche Schein der Kreditwürdigkeit des Schuldners erhalten blieb, so setzt

---

[60]) So auch Planck Anm. II 2 zu § 826; Soergel Anm. A 3 zu § 826; Staudinger Anm. 3 b zu § 826; RGRK. Anm. 3 zu § 826; RGZ. 79, 60; 100, 177.

[61]) Planck Anm. II, 3 b zu § 826; RGRK. Anm. 2 zu § 826; Leonhardt § 313; Salinger in JW. 1917 S. 4; Eckstein, Arch.Bürg.R. Bd. 41 S. 236; Rosenthal in LZ. 1919 Sp. 518; RGZ. 79 S. 23.

[62]) RGZ. 77, 210.

[63]) RGZ. 136, 247 ff. = JW 1932 S. 2522 ff.

dieser Tatbestand einen zunächst noch kreditwürdigen Schuldner voraus, der erst mit Vornahme der Sicherungsübereignung kreditunwürdig wird. Nach dem vom Reichsgericht aufgestellten Tatbestand der Konkursverschleppung handelt es sich aber notwendigerweise um eine überschuldete Person, über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet werden müßte. Die Kreditunwürdigkeit des Schuldners ist aber in diesem Fall nicht notwendig durch die — schon früher — vorgenommene Sicherungsübereignung eingetreten. Durch den Tatbestand der Konkursverschleppung wird nicht erst die Kreditunwürdigkeit des Schuldners erzeugt, diese besteht vielmehr bereits. Nur die Aufrechterhaltung des Scheins der in Wahrheit nicht mehr vorhandenen Kreditwürdigkeit des Schuldners hat dieser Tatbestand mit dem von uns aufgestellten der Kredittäuschung gemeinsam [64]).

Daß das vom Reichsgericht gekennzeichnete Verhalten des Schuldners einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt, muß zugegeben werden. Denn durch die Hinausschiebung des Konkurses bleibt die schlechte Vermögenslage des Schuldners unbeteiligten Dritten weiterhin unbekannt, und die Gefahr ihrer Benachteiligung bleibt erhalten. Seine eigenen Vorteile nur auf Kosten Dritter zu erlangen, muß aber als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden [65]).

Der Tatbestand der Aussaugung, bei dem der Schuldner von dem Sicherungsnehmer in seinen Mitteln und in seiner Bewegungsfreiheit so eingeengt und allmählich derart ausgesogen wird, daß sein Geschäft zugrunde gehen muß, und er zum Schaden der anderen Gläubiger dem Konkurs zugetrieben wird, enthält im Kern den Tatbestand, den man als „Knebelung" des Schuldners bezeichnet [66]). Dieser Tatbestand hat aber nur die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte zwischen Gläubiger und Schuldner nach § 138 Abs. 1 BGB. zur Folge. Die Sittenwidrigkeit liegt hier nur gegenüber dem Schuldner vor, so daß ein Schadensersatzanspruch gegen den Sicherungsgläubiger durch diesen Tatbestand allein nicht begründet wird [67]). Möglich ist es jedoch, daß mit dem Tatbestand der Knebelung ein solcher zusammenfällt, der einen Schadensersatzanspruch des Sicherungsgläubigers begründet.

Typische Fälle der Kredittäuschung sind die Tatbestände des Kreditbetruges und der Gläubigergefährdung, mit deren letzteren häufig

[64]) Vgl. Weinhausen in JW. 1932 S. 2703 ff.

[65]) Vgl. LZ. 1917, 1254 f.; JW. 1914, 83 ff. — Tritt die Konkursreife des Schuldners ein und verhält sich der Gläubiger völlig passiv, obwohl er die Schädigung Dritter voraussah, so handelt es sich um den in der Literatur behandelten Tatbestand der sog. „mala fides superveniens" (Hoeniger).

[66]) Vgl. Staub's Komm. Anh. zu § 346 HGB. Anm. 16 b u. d. dort zit. Entscheidungen des Reichsgerichts.

[67]) Weinhausen a. a. O.; Martin S. 87; Gottschalk, Die Sicherungsübereignung . . . S. 28.

der Tatbestand der stillen Geschäftsinhaberschaft konkurrieren wird. Der Tatbestand des Kreditbetruges bietet keine Besonderheit, da er sich mit dem Betrugstatbestand des § 263 StGB. deckt. Das Reichsgericht bestimmt ihn folgendermaßen: „Der Sicherungsnehmer bestimmt -- allein oder im Zusammenwirken mit dem Schuldner als dessen Anstifter, Mittäter oder Gehilfe — Dritte zur Kreditgewährung an diesen, indem sie arglistig darüber getäuscht werden, daß der Schuldner durch die hergegebenen Sicherheiten kreditunwürdig geworden ist." Es sind mithin alle Tatbestandsmerkmale des strafrechtlichen Betruges gegeben. Der Tatbestand des Kreditbetruges wird also gleichzeitig einen Ersatzanspruch gegen den Sicherungsnehmer nach § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. mit den gleichen Rechtsfolgen begründen[68]). Daß auch hier u. U. die Täuschungshandlung in einem Unterlassen bestehen kann, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand, ist zu bejahen.

Von Bedeutung ist der Tatbestand der Gläubigergefährdung, den das Reichsgericht dann als vorliegend erachtet, wenn die ausbedungene Sicherung durch ihren Umfang u n d ihre Undurchsichtigkeit die von dem Sicherungsnehmer bewußt in den Kauf genommene, nicht ganz fernliegende Gefahr mit sich bringt, daß spätere, nichts ahnende Kreditgeber zu Schaden kommen, ohne daß doch von einem betrügerischen Vorgehen des Sicherungsnehmers ihnen gegenüber die Rede sein könnte. Das unerlaubte Handeln sieht das Reichsgericht in dem Abschluß der andere Gläubiger gefährdenden Sicherungsverträge und in der hierdurch vorsätzlich herbeigeführten Vermögensschädigung. Dabei betont das Reichsgericht mit Recht, daß eine allgemeine Aufklärungspflicht des Sicherungsnehmers über den Abschluß des Sicherungsvertrages gegenüber den späteren Gläubigern nicht anerkannt werden könne. Eine solche Aufklärungspflicht könne immer nur dem einzelnen gegenüber aus den zwischen ihm und dem Sicherungsnehmer bestehenden besonderen Umständen und Beziehungen hergeleitet werden. Wegen der Herbeiführung eines für spätere Kreditgeber gefährlichen Zustandes könne nur im uneigentlichen und übertragenen Sinne von einer Aufklärungspflicht des Sicherungsnehmers gesprochen werden; der Sicherungsgläubiger könne nämlich durch rechtzeitige Warnung der für eine neue Kreditgewährung in Betracht kommenden Personen u. U. deren wirkliche Schädigung durch die ihnen unbekannte Sicherung verhüten und damit einen Ersatzanspruch abwenden. Das Reichsgericht glaubt also, durch die Aufstellung dieses Tatbestandes einen Druck auf den Sicherungsnehmer dahin ausüben zu können, daß dieser zwecks Vermeidung der ihm drohenden nachteiligen Folgen Dritte als Kreditgeber in Betracht kommende Personen warnen würde.

---

[68]) Gottschalk, Die Sicherungsübereignung . . . S. 28.

Der innere Tatbestand der Gläubigergefährdung verlangt, daß der Sicherungsnehmer die Möglichkeit der Schädigung späterer Kreditgeber als eine Folge der Sicherung bei deren Ausbedingung als eine nicht bloß ganz fernliegende Möglichkeit vorausgesehen und in den Kauf genommen hat.

b) Der Umfang der Schadensersatzpflicht.

Der Umfang der Schadensersatzpflicht bestimmt sich bei § 826 BGB. nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Danach hat der Sicherungsgläubiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er den zur Schädigung der anderen Gläubiger führenden Sicherungsvertrag nicht abgeschlossen haben würde, d. h. er hat dem Geschädigten den vollen erlittenen Ausfall zu ersetzen (Vertrauensschaden).

Das war auch die Meinung des Reichsgerichts, bis der IX. Zivilsenat in der berühmt gewordenen Entscheidung vom 9. April 1932 [69]) mit diesem Grundsatz gebrochen hat. Die Aufstellung der oben besprochenen Tatbestände erfolgte nämlich in der Hauptsache wegen der verschiedenen Rechtsfolgen, die der IX. Zivilsenat an diese knüpft.

So muß sich nach Ansicht des IX. Zivilsenats bei der Gläubigergefährdung der Geschädigte damit begnügen, daß er so gestellt wird, wie wenn der Schuldner die Sicherheit nicht weggegeben hätte. Der Sicherungsnehmer wäre also nur verpflichtet, dem geschädigten Dritten die Sicherungsgegenstände zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen bzw. ihm ihren Wert in Geld zu ersetzen. In der Entscheidung heißt es:

> „In der Tat fehlt es hier, wo kein betrügerisches Handeln des Sicherungsnehmers vorliegt, an einem durchschlagenden Grund, der es rechtfertigen könnte, auf seine Kosten dem anderen Kreditgeber einen Anspruch daraus einräumen, besser gestellt zu werden, als es der Vorstellung entspricht, die er selbst bei der Kreditgewährung an den Schuldner von dessen Verhältnissen gehabt hat oder sich bei rechter Ueberlegung und Erkundigung hätte bilden können . . . Auch daß der Sicherungsnehmer zu seinen Gunsten den Zustand herstelle, der bestehen würde, wenn jener nicht bloß die Sicherheit nicht genommen, sondern auch dem Schuldner den dafür eingeräumten Kredit versagt hätte, kann der spätere Kreditgeber hier nicht verlangen. Denn insoweit war das Vorgehen des Sicherungsnehmers nicht sittenwidrig."

Nur beim Kreditbetrug bejaht das Reichsgericht die Pflicht des Sicherungsnehmers, dem Geschädigten den vollen Schaden zu ersetzen. Es begründet seine Ansicht damit, daß das Verhalten des

[69]) RGZ. 136, 247 ff.; vgl. auch JW. 1932 S. 2699.

Schädigers beim Kreditbetrug verwerflicher sei, da die unerlaubte Handlung in der Täuschung der geschädigten Drittgläubiger liege. Das unerlaubte Handeln bei der Gläubigergefährdung dagegen liege „allein in den Abschluß der andere Gläubiger gefährdenden Sicherungsverträge und in der hierdurch herbeigeführten Vermögensbeschädigung". In entsprechender Weise sei bei den drei übrigen Tatbeständen [70]) der Anspruch des Geschädigten inhaltlich dahin zu bestimmen, daß er „auf Herstellung des Zustandes gerichtet ist, der bestehen würde, wenn der Sicherungsnehmer bei seinem Vorgehen gerade das und nur das vermieden hätte, was sein Verhalten sittenwidrig gemacht hat." Erfülle die Handlungsweise des Sicherungsnehmers — wie es nicht selten der Fall sein wird — gleichzeitig mehrere der bezeichneten Tatbestände, so solle der Geschädigte zwischen den beiden inhaltlich verschiedenen Ansprüchen die Wahl haben.

Der VI. Zivilsenat hat nun neuerdings in dem Urteil vom 21. XII. 1933 [71]) die Ansicht des IX. Zivilsenats, daß der Sicherungsnehmer im Falle der Gläubigergefährdung und möglicherweise auch in den andern Fällen (ausgenommen beim Kreditbetrug) den Geschädigten nur in beschränktem Umfange hafte, abgelehnt. M. E. muß man dieser letzten Entscheidung des VI. Zivilsenats Folge leisten, da die Auffassung des IX. Zivilsenats mit dem Gesetz in Widerspruch steht. Denn es geht nicht an, zwar bei allen fünf aufgezählten Tatbeständen eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise des Sicherungsnehmers und bei Hinzutreten der erforderlichen inneren Tatbestandsmerkmale die Anwendung des § 826 BGB. zu bejahen, dann aber die Rechtsfolgen nach dem Grade der Verwerflichkeit der einzelnen Handlungen zu bestimmen. Vielmehr müssen sämtliche Tatbestände, die eine gegen die guten Sitten verstoßende, vorsätzliche Schädigung der Gläubiger darstellen, auch denselben, aus § 826 BGB. in Verbindung mit §§ 249 ff. BGB. zu entnehmenden Rechtsfolgen unterliegen. Damit ist es durchaus vereinbar, daß der Umfang des eingetretenen Schadens verschieden groß ist und damit auch der Umfang der Schadensersatzpflicht Schwankungen unterliegt. Immer hat aber der Täter den vollen entstandenen Schaden zu ersetzen. Der Grad der Verwerflichkeit der Handlungsweise des Sicherungsnehmers kann immer nur bei Prüfung der Sittenwidrigkeit derselben eine Rolle spielen und dabei im einzelnen Fall zu dem Ergebnis führen, die Sittenwidrigkeit des Verhaltens des Sicherungsnehmers zu verneinen. Für diesen letzten Fall kommt aber dann eine Anwendugn des § 826 BGB. nicht in Frage. Mit Recht führt der VI. Zivilsenat a. a. O. aus:

---

[70]) Will sagen: Konkursverschleppung, Aussaugung, stille Geschäftsinhaberschaft.

[71]) Abgedr. in JW. 1934 S. 475.

„Denn auch in allen diesen Sonderfällen täuscht der Sicherungsnehmer ganz ebenso wie im Sonderfalle des Kreditbetruges, den Dritten über die Kreditwürdigkeit des Schuldners. Diese Beirrung des redlichen Verkehrs ist es, welche den Sittenverstoß und die vorsätzliche Schadenszufügung des Sicherungsnehmers darstellt."

2. Eigene Stellungnahme.

Die Notwendigkeit der vom Reichsgericht zur Begründung einer Schadensersatzpflicht des Sicherungsgläubigers aufgestellten Voraussetzungen ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen. Ebenfalls ist schon zum Ausdruck gekommen, daß die vom Reichsgericht aufgestellten einzelnen Tatbestände — Ausnahme: der Tatbestand der Aussaugung — eine solche Schadensverpflichtung begründen.

Wenn nun jetzt die Rechtsprechung des Reichsgerichts einer kritischen Betrachtung unterzogen werden soll, so ist in der Hauptsache die Frage zu prüfen, ob § 826 den geschädigten Gläubigern einen sicheren Schutz gewähren kann. Wir haben gesehen, daß der Sicherungsnehmer bei Anwendung des § 826 BGB. dem Geschädigten den vollen, ihm entstandenen Schaden ersetzen muß. Daß diese Rechtsfolge den Interessen der geschädigten Gläubiger entspricht, leuchtet ohne weiteres ein. § 826 BGB. ist für die Geschädigten u. U. noch günstiger als die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB., nämlich dann, wenn der entstandene Schaden den Wert der übereigneten Sicherungsobjekte übersteigt.

Bietet mithin § 826 BGB. von den bisher besprochenen Rechtsbehelfen [72]) den geschädigten Gläubigern den weitestgehenden Schutz, so zeigt sich doch auf der andern Seite auch bei dieser Gesetzesbestimmung, daß sie nur selten, nur in ganz krassen Fällen zugunsten der geschädigten Gläubiger zum Erfolge führen wird. Der geschädigte Gläubiger hat auch hier sämtliche Voraussetzungen, insbesondere auch den Schädigungsvorsatz des Sicherungsgläubigers zu beweisen. Es ist schon oben (S. 16/17) bei Besprechung des § 138 Abs. 1 BGB., bei dem der gleiche Schädigungsvorsatz auf Seiten des Sicherungsgläubigers nachgewiesen werden mußte, auf die Beweisschwierigkeit hingewiesen worden, die bei Anwendung des § 826 BGB. gegen den Sicherungsgläubiger die gleiche ist. Ein Schädigungsvorsatz wird ihm nur dann nachgewiesen werden können, wenn bereits bei Abschluß des Sicherungsvertrages die dem Sicherungsgläubiger bekannten Vermögensverhältnisse des Schuldners so unsicher waren, daß sein Versuch, durch den erlangten Kredit über die bestehenden Schwierigkeiten hinwegzukommen, als aussichtslos erscheinen mußte. Bei einer solchen Sachlage mußte der Sicherungsgläubiger mit der Möglichkeit der Schädigung solcher Gläubiger, die in die durch den

[72]) Vgl. oben S. 7, 8 die Rechtsfolgen der Anfechtungsvorschriften.

Sicherungsvertrag geschaffene Sachlage keinen Einblick haben konnten, unbedingt rechnen. Wo aber die Vermögensverhältnisse des Schuldners bei Abschluß des Sicherungsvertrages noch nicht so ungünstige waren und der Sicherungsgläubiger dem Schuldner einen umfangreichen, auch dem Wert der Sicherungsobjekte entsprechenden neuen Kredit gewährte, wird dem Kreditgeber ein Schädigungsbewußtsein nicht nachgewiesen werden können, oftmals sogar auch tatsächlich nicht gegeben sein.

Gewiß ist der Sicherungsgläubiger bei Abschluß des Sicherungsvertrages verpflichtet, die Vermögenslage des Schuldners dahingehend zu prüfen, ob nicht durch die ihm zu gewährenden Sicherheiten u. U. andere Gläubiger geschädigt werden könnten. Läßt er sich ohne eine solche Prüfung einen erheblichen Teil des Schuldnervermögens übereignen, so wird man leicht zu der Annahme geneigt sein, daß er die Schädigung Dritter für den Fall ihres Eintritts gebilligt habe (bedingter Vorsatz). Nimmt der Schuldner aber eine Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners vor, so kann er doch immer nur von den zur Zeit des Abschlusses des Sicherungsvertrages gegebenen Umständen ausgehen. Es muß zum Ausschluß einer Schadensverpflichtung genügen, daß zu dieser Zeit mit einer Gesundung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners ohne weitere fremde Hilfe zu rechnen war. Ueberspannte Anforderungen darf man an diese Nachprüfungspflicht nicht stellen; selten wird auch der Sicherungsgläubiger bei Abschluß des Sicherungsvertrages mit Sicherheit die Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners in der Zukunft bei Berücksichtigung des gewährten Kredites beurteilen können. Es ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß sich bei überspannten Anforderungen kein Kreditgeber finden würde, der einem Schuldner, dessen Mittel erheblich zusammengeschmolzen sind, und der mithin kein ausreichendes Vermögen besitzt, das er bei der Sicherheitsgewährung von der Uebereignung ausnehmen könnte, Kredit gegen Abschluß eines Sicherungsvertrages gewähren würde. Man würde damit die Anwendungsmöglichkeit der Sicherungsübereignung, von deren wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit man heute überzeugt ist [73]), zum Nachteil der kreditbedürftigen Unternehmer erheblich einschränken. Hier wird es also immer bei mehr oder weniger bestimmten Vermutungen bleiben müssen, so daß nur in ganz hoffnungslosen Fällen dem Sicherungsgläubiger ein Schädigungsvorsatz nachgewiesen werden kann.

Deshalb wird auch der vom Reichsgericht aufgestellte Tatbestand der Gläubigergefährdung den Sicherungsnehmern keine Veranlassung geben, die für eine spätere Kreditinanspruchnahme in Frage kommenden Personen über die wahre Vermögenslage des Schuldners aufzuklären. In der Mehrzahl der Fälle gehen die Gläubiger mit Recht

[73]) Siehe oben S. 2.

von der Annahme aus, daß ihnen in einem später anhängig werdenden Prozeß eine vorsätzliche, sittenwidrige Handlungsweise nicht nachgewiesen werden kann und sie daher einem Ersatzanspruch entgehen. Nur dann, wenn den Gläubigern mit aller Gewißheit ein Schadensersatzanspruch droht, und ihnen die Möglichkeit genommen ist, die verschiedensten Einwände zu erheben, wird man die Gläubiger zur Kenntlichmachung der Sicherungsverträge zwingen können. Dieser vom Reichsgericht erstrebte Erfolg kann nur dann eintreten, wenn die durch den Sicherungsvertrag geschaffene und von den Parteien geheimgehaltene Vermögenslage des Schuldners zur Begründung eines Ersatzanspruches genügt. Solange aber die für den Geschädigten schwierig nachzuweisenden inneren Momente Voraussetzungen für den Eintritt eines Schadensersatzanspruches sind, werden die Sicherungsgläubiger eine Kenntlichmachung der Sicherungsverträge ablehnen.

3. Der Tatbestand der sogenannten „Mala fides superveniens".

Wir sind bisher bei Besprechung der Schadensersatzpflicht des Sicherungsnehmers nach § 826 BGB. davon ausgegangen, daß der Schädigungsvorsatz des letzteren bereits bei Abschluß des Sicherungsvertrages gegeben war. Im Schrifttum ist nun noch das Problem der von Hoeniger sog. ‚mala ides superveniens' behandelt worden, dem folgender Tatbestand zugrunde liegt: Gläubiger und Schuldner schließen einen vollgültigen Sicherungsvertrag ab, ohne daß der Sicherungsgläubiger mit der Möglichkeit der Schädigung Dritter rechnete. Nach Abschluß des Sicherungsvertrages verschlechtert sich ohne Zutun des Sicherungsgläubigers — insbesondere, ohne daß er weitere Sicherungen nimmt — die Vermögenslage des Schuldners derart, daß jetzt der Sicherungsgläubiger mit der Möglichkeit der Schädigung Dritter rechnet. Es fragt sich, ob der Sicherungsgläubiger nunmehr positiv die Gefahr der Schädigung Dritter abzuwenden hat, er sich also durch passives Verhalten schadensersatzpflichtig macht. Hoeniger [74]) hat eine solche Pflicht des Sicherungsgläubigers bejaht. Erfahre letzterer, daß das Unternehmen des Sicherungsgebers nicht mehr lebensfähig sei, so habe er gegenüber Drittgläubigern — insbesondere Warenlieferanten — die Pflicht, „Schluß zu machen", d. h. also den Schuldner zur Stellung des Konkursantrages zu veranlassen. Hoeniger geht aber noch weiter. Er legt dem Sicherungsnehmer fortlaufend, also nicht nur bei Bestellung der Sicherheit, eine Prüfungspflicht der jeweiligen Vermögensverhältnisse des Schuldners auf. Komme er auf Grund einer solchen Prüfung zu dem Ergebnis, daß dem sicherungsgebenden Schuldner keine Mittel mehr zur Befriedigung anderer Gläubiger zur Verfügung ständen, so habe er ebenfalls die Pflicht zum Schlußmachen

[74]) Hoeniger in JW. 1931 S. 3060.

Diese Ansicht Hoenigers hat in der Literatur großen Widerspruch gefunden. Bauer-Mengelberg [75]) und Gottschalk [76]) wenden sich insbesondere gegen die fortlaufende Prüfungspflicht, die Hoeniger dem Sicherungsnehmer auferlegen will. Jeder müsse sich auf die einmal gültig erworbene Rechtsposition verlassen können. Rumpf [77]) bejaht die Pflicht des Sicherungsnehmers zum „Schlußmachen", lehnt aber wohl eine dauernde Prüfungspflicht des Sicherungsgläubigers ab, so daß letzterer nur bei positiver Kenntnis zur Vermeidung einer Schadensersatzpflicht zum Eingreifen verpflichtet ist. Auch das Oberlandesgericht Marienwerder tritt in seinem Urteil vom 29. Januar 1932 [78]) der Ansicht von Hoeniger entgegen und lehnt eine allgemeine Pflicht zur Nachprüfung und zum „Schlußmachen" ab, so daß Hoeniger daselbst seine Ansicht wieder aufgegeben hat.

Es mag Hoeniger zugegeben werden, daß der Tatbestand der ‚mala fides superveniens' nach unserem Empfinden eine Schadensersatzpflicht des Sicherungsgläubigers begründen müsse. Es verstößt gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, wenn ein Gläubiger aus gesicherter Stellung ruhig zusehen kann, wie dritte Gläubiger im Vertrauen auf den äußeren Schein der Kreditwürdigkeit des Schuldners, der auf den früheren Abschluß der Sicherungsübereignungen zurückzuführen ist, mit diesem in geschäftliche Beziehung treten und notwendigerweise Schaden erleiden müssen. Eine Nichtigkeit des Sicherungsvertrages nach § 138 Abs. 1 BGB. kann dieser Tatbestand nicht begründen. Ereignisse, die erst nach einem rechtswirksam abgeschlossenen Rechtsgeschäft eintreten, können dessen Ungültigkeit nicht mehr bewirken [79]). Hier kann nur u. U. eine Schadensersatzpflicht nach § 826 zum Ziele führen. Die Gültigkeit des Sicherungsvertrages kann nicht mehr angegriffen werden, wohl aber kann möglicherweise das spätere Verhalten des Sicherungsgläubigers eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung darstellen. Ein wirksamer Schutz für Drittgläubiger läßt sich aber nur bei Bejahung einer fortlaufenden Nachprüfungspflicht des Sicherungsnehmers erreichen, andernfalls der Sicherungsgläubiger stets mit dem Einwand der Nichtkenntnis der veränderten Umstände käme. Für den Geschädigten wäre der Beweis des Gegenteils sehr schwierig zu erbringen. Für eine solche Nachprüfungspflicht läßt sich aber im Gesetz keine Stütze finden. Es muß genügen, wenn der Sicherungsgläubiger bei Abschluß des Sicherungsvertrages die Vermögenslage des Schuldners dahin prüft, ob nicht Drittgläubiger u. U. infolge der mangelnden Erkennbarkeit des Vertrages Schaden erleiden könnten. Mit einer fortlaufenden

[75]) Bauer-Mengelsberg in JW. 1932 S. 100.
[76]) Gottschalk in JW. 1932 S. 1716.
[77]) Rumpf in LZ. 1932 Sp. 1265.
[78]) In JW. 1933 S. 466.
[79]) RGZ. 136 S. 247 ff.

Nachprüfungspflicht würde man dem Sicherungsgläubiger eine fast unerträgliche Last aufbürden, insbesondere falls er mangels der erforderlichen kaufmännischen Kenntnisse noch fremde, kostenverursachende Hilfe in Anspruch nehmen müßte.

§ 5. Das Zusammentreffen mehrerer Sicherungsverträge.

Wenn wir bisher den Schutz der Drittgläubiger vor schädigenden Sicherungsverträgen erörterten, so gingen wir stillschweigend davon aus, daß die Gefahrenlage für Dritte, bezw. ihre Schädigung auf den Abschluß eines Sicherungsvertrages des Schuldners zurückzuführen war. Es ist nun aber nicht immer notwendig, daß diese nachteiligen Folgen für unbeteiligte Dritte durch einen Sicherungsvertrag hervorgerufen werden. Oftmals wird sich vielmehr der in Geldnot geratene Schuldner mehrmals zu einer Kreditinanspruchnahme und damit zum Abschluß von mehreren Sicherungsverträgen gezwungen sehen. So kann es kommen, daß seine Kreditwürdigkeit und damit seine Scheinexistenz nicht schon durch die erste Sicherungsübereignung begründet wurde, sondern erst durch nachträglich abgeschlossene Verträge. Es fragt sich, wie es in solchen Fällen um den Schutz des Drittgläubigers steht. Dabei haben wir zwei Fälle zu unterscheiden: der Schuldner kann die mehreren Sicherungsverträge entweder mit ein und demselben Gläubiger abschließen, er kann aber auch, falls ihm von verschiedener Seite Kredit gewährt wird, die Uebereignungen mit verschiedenen Gläubigern vereinbaren.

1. Zugunsten desselben Gläubigers.

Schließt der Schuldner die Sicherungsverträge mit demselben Gläubiger ab, so kann jeder dieser Verträge eine Rechtshandlung darstellen, die den benachteiligten Gläubigern zur Anfechtung nach den oben bereits erörterten Anfechtungsvorschriften berechtigen. Irgendwelche Besonderheiten ergeben sich beim Vorliegen mehrerer Sicherungsverträge für die Anwendung dieser Vorschriften nicht. Es muß bei jedem einzelnen Sicherungsvertrag das Vorliegen der nach dem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen geprüft werden.

Ebenso kann jeder der mehreren Sicherungsverträge, der eine Gefährdung der Drittgläubiger verursacht und bei dessen Vornahme beide Vertragsteile mit der Möglichkeit der Schädigung unbeteiligter Dritter rechneten, nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sein. Für den Fall, daß die Gefährdung Dritter erst durch eine spätere Sicherungsübereignung hervorgerufen wird, da nach der ersten Sicherungsgewährung dem Schuldner noch genügend Aktivposten verbleiben, kann auch nur diese später abgeschlossene Sicherungsübereignung beim Vorliegen der äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale nach § 138

Abs. 1 nichtig sein. Die Gültigkeit der vorher rechtswirksam abgeschlossenen Sicherungsverträge kann durch später vorgenommene Rechtshandlungen nicht berührt werden [80]). Die Nichtigkeit eines Vertrages kann grundsätzlich immer nur nach den Umständen beurteilt werden, die im Zeitpunkt des Abschlusses des einzelnen Sicherungsvertrages bereits gegeben sind. Zwar haben die Vertragsparteien bei Abschluß der späteren Sicherungsverträge die durch die vorher abgeschlossenen Verträge begründeten Vermögenslage des Schuldners zu berücksichtigen. Ein Gläubiger, der sich im Laufe der Zeit den wesentlichen Teil des Schuldnervermögens übereignen läßt, würde in einem späteren Prozeß kaum mit dem Vorbringen gehört werden, er habe um deswillen nicht mit einer Schädigung Dritter gerechnet, weil er sich nur nach und nach geringe Vermögensteile des Schuldners habe zur Sicherheit übereignen lassen.

Durch die Nichtigkeit nur der später abgeschlossenen Sicherungsverträge wird häufig den Interessen der Drittgläubiger nicht Genüge getan sein. Es fragt sich, ob dann die Nichtigkeit sämtlicher Verträge angenommen werden kann, wenn die Parteien von vornherein den Abschluß mehrerer Verträge planten und mit der Schädigung Dritter rechneten. Rumpf [81]) nimmt die Nichtigkeit aller, auch der früheren Verträge dann an, wenn „der Sicherungsnehmer von Anfang an planmäßig darauf ausgegangen ist, nach und nach das gesamte Schuldnervermögen in seine Hand zu bringen. Ein solches Verhalten verstößt dann in seiner Gesamtheit gegen die guten Sitten". Das Reichsgericht [82]) vertritt die Ansicht, daß jede einzelne Sicherungsmaßnahme nach ihren Zeitumständen zu beurteilen sei. Jedoch seien für die Wertung der früheren die späteren insoweit heranzuziehen, als sie damals schon beabsichtigt waren oder doch vorausgesehen wurden.

Diesen Ansichten kann nicht ohne Einschränkung zugestimmt werden. Eine Nichtigkeit aller Verträge läßt sich meines Erachtens nur annehmen, wenn die Verträge in Wahrheit als ein großer Sicherungsvertrag erscheinen, der aus irgendwelchen Gründen nicht zu gleicher Zeit in seiner Gesamtheit abgeschlossen wurde. So lange aber die mehreren Verträge als selbständige Sicherungsverträge anzuerkennen sind, müssen auch bei den einzelnen Verträgen z. Z. ihres Abschlusses die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 vorgelegen haben, wenn sie nichtig sein sollen. Da durch die ersten Verträge noch keine Gefahr für Dritte hervorgerufen wurde, kann man sie trotz des Vorhandenseins des Schädigungsbewußtseins bei den Vertragsparteien nicht nach § 138 Abs. 1 für nichtig ansehen. Man kann nicht deshalb einen Vertrag für nichtig erklären, weil die Parteien den Abschluß

[80]) RG. in JW. 1931 S. 515; RG. in Konkurs u. TreuhW. 1933 S. 187; Rumpf a. a. O.
[81]) Rumpf a. a. O.
[82]) RGZ. 136, 256.

weiterer Sicherungsübereignungen schon zu jener Zeit voraussahen. Gegenstand meiner Beurteilung ist in diesen Fällen doch nicht in erster Linie die Handlungsweise der Vertragsparteien, sondern das Rechtsgeschäft als solches, wie es sich zur Zeit seines Abschlusses darstellt.

In derartigen Fällen kann ich den geschädigten Gläubigern nur mit der Anwendung des § 826 BGB. helfen, da diese Bestimmung auch bei Gültigkeit der Sicherungsverträge eine Schadensersatzpflicht des Sicherungsgläubigers auslösen kann. Die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung besteht in dem Abschluß der einzelnen Sicherungsverträge. Aber auch bei Anwendung des § 826 BGB. ist der Grundsatz zu beachten, daß die die Schadensersatzpflicht begründenden Umstände bereits bei Vornahme der Handlung gegeben sein müssen. Erst später hinzukommende Umstände können auch hier grundsätzlich keine Berücksichtigung finden[83]). So muß u. a. der Schädigungsvorsatz schon bei Abschluß des Sicherungsvertrages vorgelegen haben, wenn eine Schadensersatzverpflichtung begründet sein soll. Auch hier vertritt das Reichsgericht zu Unrecht eine andere Meinung. Dem Urteil des VI. Z. S. vom 19. 10. 1914[84]) lag kurz folgender Tatbestand zugrunde: Der in Geldnot geratene Schuldner übereignete seinem Kreditgeber durch Verträge vom 12. und 13. Juli 1909 Teile seines Vermögens. Da der ihm gewährte Kredit zur Sanierung seines Unternehmens nicht ausreichte, war er zur weiteren Kreditinanspruchnahme gezwungen. Zur Sicherheit übertrug er nunmehr durch Vertrag vom 31. August 1909 seinem Kreditgeber den Rest seines Aktivvermögens. Das Reichsgericht läßt es in den Entscheidungsgründen dahingestellt sein, ob die Sicherungsverträge, jeder für sich betrachtet, zu beanstanden gewesen wären. Der Sittenverstoß ergäbe sich aus der Gesamtheit der Verträge. „Der letzte Vertrag konnte die mißbilligte Wirkung nur äußern, weil sie durch die vorausgegangenen Verträge tatsächlich — gleichviel, ob auch absichtlich — vorbereitet war. Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 826 BGB. genügt es, daß das Mittel, dessen sich H (der Gläubiger) bediente, objektiv anstößig war". Mit dieser Begründung bejaht das Reichsgericht die Anwendung des § 826 BGB. auch bei den Juli-Verträgen. Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Die Juli-Verträge begründen einen solchen Anspruch nur dann, wenn schon durch sie der Schuldner zu einer bloßen Scheinexistenz herabgesunken und bei dem Sicherungsgläubiger bereits beim Abschluß dieser Verträge das Schädigungsbewußtsein gegeben war. Gaben die Drittgläubiger dem Schuldner aber zu einer Zeit Kredit, zu der dieser nur einen Teil seines Vermögens zur Sicherheit übereignet hatte, durchaus aber noch kreditwürdig blieb, so kann sich der Sicherungsgläubiger durch den

[83]) So auch Rumpf a. a. O. unter IV.
[84]) RGZ. 85, 345.

Abschluß dieser Verträge nicht um deswillen nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig gemacht haben, weil der letzte Vertrag den Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt. Nachdem das Reichsgericht in den neueren Entscheidungen [85]) des öfteren betont hat, daß die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts sich aus den zur Zeit des Abschlusses vorliegenden Umständen ergeben müsse, so würde das Reichsgericht diese Entscheidung heute auch nicht mehr aufrechterhalten, zumal der Abschluß der späteren Verträge von vornherein gar nicht beabsichtigt oder vorgesehen war.

2. Zugunsten verchiedener Gläubiger.

Schließt der Schuldner die Sicherungsverträge mit mehreren Gläubigern ab, so werden die geschädigten Drittgläubiger nur selten einen der Sicherungsgläubiger in Anspruch nehmen können. Die Anfechtungsmöglichkeit jeder einzelnen Sicherungsübereignung ist beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen bei Abschluß des Sicherungsvertrages ohne weiteres gegeben, spielt aber wegen der großen Beweisschwierigkeit eine geringe Rolle.

Auch § 138 Abs. 1 BGB. wird sehr selten zugunsten der Drittgläubiger zur Anwendung kommen können. Hier werden die Sicherungsverträge immer als selbständige Rechtsgeschäfte behandelt werden müssen, über deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit je nach den bei Abschluß derselben gegebenen Umständen zu entscheiden ist. Hier kann man unmöglich den Abschluß früherer Sicherungsverträge dem späteren Sicherungsgläubiger zum Nachteil gereichen lassen. Bei den zuerst abgeschlossenen Verträgen fehlt es wiederum in der Regel der Fälle an der für dritte Gläubiger entstandenen Gefahrenlage, da nach Abschluß dieser Verträge der sicherungsgebende Schuldner noch kreditwürdig sein wird. Bei den später abgeschlossenen Sicherungsverträgen wird es häufig an dem Schädigungsbewußtsein beim Sicherungsgläubiger fehlen, so daß in diesen Fällen auch kein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. gegen den Sicherungsgläubiger gegeben ist. Der Sicherungsgläubiger, der von dem Abschluß der früheren Sicherungsverträge nichts weiß und sich nur einen Teil des Schuldnervermögens übereignen läßt, wird nur selten mit der Schädigung Dritter rechnen. Vor allem wird ihm aber seine „Bösgläubigkeit" nicht nachgewiesen werden können. Wußte er allerdings beim Abschluß des Sicherungsvertrages, daß der sicherungsgebende Schuldner bereits anderen Gläubigern Sicherheiten gegeben hatte, so muß er bei Prüfung der Frage, ob nicht andere Gläubiger durch den Abschluß des neuen Sicherungsvertrages Schaden erleiden könnten,

---

[85]) Vgl. insbes. RGZ. 136 S. 256.

die früher abgeschlossenen Sicherungsverträge mit berücksichtigen [86]). In diesem letzten Fall nimmt das Reichsgericht mit Recht an, daß sich der Sicherungsgläubiger nach der Höhe der früher gegebenen Sicherheiten erkundigen müsse. Tat er dies nicht, so handelte er grob fahrlässig und damit sittenwidrig [87]), wenn er sich der Erkenntnis verschloß, daß durch seine Sicherungsmaßnahme in Verbindung mit denen anderer Sicherungsnehmer die ungesicherten Drittgläubiger geschädigt werden würden.

§ 6. Abschließende Wertung.

Wenn wir rückblickend das bisher in der Gefahrenbeseitigung erzielte Ergebnis betrachten, so ergibt sich, daß es weder der Rechtsprechung noch dem Schrifttum gelungen ist, dem Drittgläubiger einen wirksamen Schutz gegen schädigende Sicherungsübereignungen zu gewähren.

Wir haben gesehen, daß die im Schrifttum herangezogenen Anfechtungsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nur sehr selten zur Anwendung kommen können und gegebenenfalls den geschädigten Gläubigern nur einen schwer zu verwirklichenden Bereicherungs- bzw. Herausgabeanspruch gegen den Schuldner geben.

Die übrigen bisher angewandten Rechtsbehelfe können den Drittgläubigern wegen der mit ihnen verbundenen Beweisschwierigkeit keinen greifbaren Schutz bieten. Der Nachweis der erforderlichen inneren Tatbestandsmerkmale lag in allen diesen Fällen dem Gläubiger ob, der dieser Beweispflicht nur sehr selten nachkommen kann. Aus den früheren Ausführungen ergab sich, daß es insbesondere Schwierigkeiten bereitet, dem Sicherungsgläubiger eine fraudulose Handlungsweise nachzuweisen. Der Vorschlag von Weinhausen, im Falle des § 138 BGB., dieser Beweisschwierigkeit zu entgehen, mußte abgelehnt werden [88]). An diesem unbefriedigenden Ergebnis ändert auch die dem Sicherungsgläubiger im gewissen Umfang auferlegte Prüfungspflicht nichts. Wir haben gesehen, daß eine ausgedehnte Prüfungspflicht dem Institut der Sicherungsübereignung mehr schaden als nützen würde und daß es in den meisten Fällen ganz unmöglich sein würde, schon zur Zeit des Vertragsabschlusses die Entwicklung des schuldnerischen Unternehmens in der Zukunft zu übersehen. Stets wird aber der Schutz der Drittgläubiger ausbleiben, wenn der Sicherungs-

[86]) Vgl. RG. in JW. 1932 S. 2699.

[87]) Ueber das Verhältnis von grober Fahrlässigkeit zur Sittenwidrigkeit vgl. u. a.: RGZ. 72, 175; 90, 106; Seuff.Arch. 76 Nr. 209. — RGZ. 143, 51: „Grobe Fahrlässigkeit (Gewissenlosigkeit) kann u. U. die Annahme eines Sittenverstoßes rechtfertigen, aber den für § 826 erforderlichen Vorsatz kann sie niemals ersetzen."

[88]) Siehe oben S. 17/18.

gläubiger von dem Schuldner über seine wahre Vermögenslage getäuscht wird und auf Grund dieser falschen Information das Geschäft des Schuldners für lebensfähig hält.

Ganz unbefriedigend waren endlich die Ergebnisse bei dem Tatbestand der ‚mala fides superveniens' und größtenteils auch bei den Fällen des Zusammentreffens mehrerer Sicherungsverträge. Bei dem ersten Tatbestand versagten die bisher angewandten Rechtsbehelfe völlig. Die früher von Hoeniger vertretene Ansicht mußte abgelehnt werden, da für eine dauernde Nachprüfungspflicht die gesetzliche Grundlage fehlt. Die Ergebnisse beim Vorliegen mehrerer Sicherungsverträge waren um deswillen zum Teil unbefriedigend, da streng an dem Erfordernis, daß die zur Verwirklichung der §§ 138 Abs. 1 und 826 BGB. erforderlichen Tatbestandsmerkmale im Zeitpunkt der Vornahme der Sicherungsübereignung gegeben sein müssen, festgehalten werden mußte.

Endlich sei darauf hingewiesen, daß häufig auf Seiten des Sicherungsgläubigers ein Schädigungsbewußtsein fehlen wird, wenn er nämlich dem Schuldner einen der Sicherheit im Werte entsprechenden Kredit einräumt. Und doch muß man sich vergegenwärtigen, daß solche zweifellos nicht als fraudulos zu bezeichnenden Sicherungsverträge wegen der mit ihrem Abschluß hervorgerufenen Schmälerung des Schuldnervermögens, verbunden mit ihrer Geheimhaltung dieselben Gefahren wie andere Sicherungsverträge in sich bergen. Wenn man es sich also zur Aufgabe gesetzt hat, die Hauptgefahr der Sicherungsübereignung, die in ihrer „Heimlichkeit" liegt, zu beseitigen, so darf man nicht verkennen, daß dieses Ziel erst mit der Beseitigung der „Heimlichkeit" auch bei den nicht-„bösgläubig" abgeschlossenen Sicherungsverträgen erreicht ist.

Daß weder die Rechtsprechung noch das Schrifttum die Gefahren wirksam beseitigen konnten, ist einmal darauf zurückzuführen, daß mit den bisher angewandten Rechtsbehelfen gegen die in den Sicherungsverträgen liegende Gefahr erst vorgegangen wird, wenn sich letztere bereits ausgewirkt hat. Der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist es nicht gelungen, der Sicherungsübereignung den Anreiz und die Möglichkeit zu nehmen, als Mittel der Gläubigerbenachteiligung und vor allem als Täuschungsmittel zu dienen. Das erstrebte Ergebnis ließe sich dadurch erreichen, daß die Sicherungsvertragsparteien durch die ihnen sonst drohenden Rechtsnachteile zur Kenntlichmachung der Sicherungsverträge gezwungen würden. Das Reichsgericht hat diesen Gedankengang bei Aufstellung des Tatbestandes der Gläubigergefährdung bereits angedeutet. Doch war bisher der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Erfolg versagt. Wie soll auch eine Rechtsprechung, die nur in schwerwiegenden Fällen mit Sicherheit die Unwirksamkeit der Sicherungsverträge feststellen bezw. auf eine

Schadensersatzpflicht des Sicherungsnehmers erkennen kann, die Vertragsparteien zur Rücksichtnahme auf dritte Gläubiger veranlassen und sie bestimmen, die Sicherungsverträge in einer für spätere Gläubiger erkennbaren Weise abzuschließen. Solange die Rechtsprechung den geschädigten Drittgläubigern die schwierigen Nachweise der inneren Tatbestandsmerkmale auferlegt [89]), hegen die Sicherungsgläubiger mit Recht die Hoffnung, in einem später etwa anhängig werdenden Prozeß obzusiegen. Es ergibt sich daher, daß die Klagen in kaufmännischen Kreisen über einen unzulänglichen Schutz des redlichen Kreditverkehrs vor den geheim gehaltenen Sicherungsverträgen ihre Berechtigung haben.

[89]) Wie es bei Anwendung der bisher zum Schutze der Drittgläubiger herangezogenen Rechtsbehelfe erforderlich war.

II. Hauptteil:

Zwang zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung nach den Grundsätzen von „Treu und Glauben" und der „guten Sitten".

Um die Gefahren, die in der Nichterkennbarkeit der Sicherungsverträge liegen, zu beseitigen, soll im folgenden versucht werden, die Parteien zur Kenntlichmachung der Verträge zu zwingen. Dabei muß von vornherein betont werden, daß es sich stets nur um einen mittelbaren Zwang handeln kann. Solange es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Eigentumsübertragung mittels constitutum possessorium gibt, ist nach dem Gesetz eine Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung nicht erforderlich. Nur auf dem Umwege über die Rechtsfolgen, die sich an die nicht kenntlich gemachten Sicherungsverträge knüpfen, läßt sich das erstrebte Ziel erreichen. Die den Sicherungsvertragsparteien, insbesondere dem Sicherungsgläubiger drohenden Rechtsnachteile müssen die Parteien zur Rücksichtnahme und damit zur Kenntlichmachung der Sicherungsverträge veranlassen. Dies wird geschehen, wenn die Parteien mit aller Bestimmtheit mit den ihnen drohenden Nachteilen zu rechnen haben. Das ist dann der Fall, wenn die äußeren — den Parteien leicht nachweisbaren — Umstände zur Begründung einer Schadensersatzpflicht genügen. Damit würden den Sicherungsvertragsparteien alle Einwendungen, die sie bei den bisher angewandten Rechtsbehelfen mit Rücksicht auf die inneren Tatbestandsmerkmale vorzubringen vermochten und an deren Nichterweisbarkeit bisher in den meisten Fällen der Schutz der Drittgläubiger scheiterte, genommen werden. Ist aber ein Ausweichen vor den Rechtsnachteilen bei heimlich abgeschlossenen Sicherungsverträgen nicht mehr möglich, so werden sich die Parteien zur Kenntlichmachung der Verträge bequemen. Auf diesem Wege wird es möglich sein, dem im geltenden Recht durchgeführten Grundsatz, daß das allen gegenüber geltende Recht jedermann erkennbar gemacht werden muß (sogen. Publizitätsprinzip), im gewissen Umfange auch bei der Sicherungsübereignung Geltung zu verschaffen. Es sind dabei nach Möglichkeit die Interessen der Parteien, insbesondere des Schuldners zu berücksichtigen, insofern nämlich, als ein Zwang zur allgemeinen Bekanntmachung der Verträge ihm zum Schaden gereichen würde. Es genügt, wenn alle diejenigen, die für eine spätere Kreditinanspruchnahme in Betracht kommen, bei Anwendung der im Verkehr

erforderlichen Sorgfalt die bereits erfolgten Uebereignungen erkennen können[90]). Solange aber das Publizitätsprinzip bei der Sicherungsübereignung ausgeschaltet wird, bildet sie für den redlichen Kreditverkehr eine schwere Gefahr.

§ 7. Die Lehre von der „Unzulässigkeit der Rechtsausübung".

Neuerdings hat Siebert in seinem Buch über „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung"[91]) Grenzen bei Ausübung formal begründeter Rechte aufgezeigt. Es soll versucht werden, diese Lehre Sieberts auf das Sicherungseigentum anzuwenden. Nach Siebert ist eine Rechtsausübung, die gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten verstößt, unzulässig. Voraussetzung dieser Lehre ist mithin, daß ein Recht entstanden ist, dessen Inhalt nach den angeführten Grundsätzen begrenzt wird. In unserem Fall wäre es das Eigentum des Sicherungsgläubigers, das er durch Abschluß der Sicherungsverträge an den Sicherungsgegenständen erlangt hat. Denn wir gehen im folgenden davon aus, daß die Drittgläubiger die Gültigkeit der Sicherungsverträge nicht haben angreifen können.

Es fragt sich, ob der Sicherungsgläubiger bei Geltendmachung seines Sicherungseigentums gegenüber dem Drittgläubiger nicht u. U. gegen die genannten Grundsätze verstößt. Im Leben werden die Fälle, daß der Sicherungsgläubiger sein Eigentum gegenüber den Geschädigten in irgendeiner Weise ausübt, nicht selten sein, so daß die Lehre Sieberts praktische Bedeutung erlangen kann. Da die den Sicherungsgläubiger übereigneten Sachen im Besitze des Schuldners verbleiben, besteht die Möglichkeit, daß die Drittgläubiger die Sicherungsgegenstände wegen ihrer Forderungen beim Schuldner pfänden lassen oder in ihren Besitz bekommen. Der Sicherungsgläubiger wird in diesen Fällen die Widerspruchsklage bezw. den Herausgabeanspruch geltend machen und beide Klagen auf sein Sicherungseigentum stützen. Können sich nun die geschädigten Drittgläubiger gegenüber diesen Klagen auf Treu und Glauben oder die guten Sitten berufen? Es handelt sich in solchen Fällen um die im Gemeinen Recht sog. exceptio doli generalis (oder praesentis), die in der Geltungmachung eines Anspruchs ein „arglistiges" Verhalten sieht — im Gegensatz zur exceptio doli specialis (oder praeteriti), die sich auf eine bei Erlangung, also vor Geltendmachung des Anspruchs begangene unerlaubte Handlung stützt.

[90]) Wie die Kenntlichmachung zu erfolgen hat, darüber vergl. unten S. 68/69.

[91]) „Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG.)." Marburg 1934.

1. Die Darstellung der Lehre.

Nach Siebert kommen drei gesetzliche Bestimmungen als Schranken der Rechtsausübung in Betracht, und zwar sind es die §§ 226, 242 und 826 BGB. Die Bedeutung des § 226 BGB. als Schranke bestehender Rechte ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, doch scheidet dieser Paragraph für unsere Betrachtungen aus, da der Sicherungsgläubiger sein Sicherungseigentum nicht nur ausüben wird, um dem Drittgläubiger einen Schaden zuzufügen. Daß durch § 242 BGB. der Inhalt eines Forderungsrechts begrenzt werden kann, wird von der herrschenden Lehre bejaht [92]). Siebert kommt auch bei § 826 BGB. zu dem gleichen Ergebnis, obgleich dieser Paragraph seinem Wortlaut nach eine Bestimmung des Schadensersatzrechtes enthält. Er begründet seine Ansicht damit, daß einmal die Verneinung zu einer ganz unbilligen Begrenzung der Rechtsausübungsschranken führen würde, und die Ablehnung auch mit der Entstehungsgeschichte der §§ 826, 226 BGB. in Widerspruch stehen würde. Der § 826 BGB. enthielt nämlich ursprünglich eine Einschränkung dahin, daß er nur für solche Handlungen gelten solle, die nicht in Ausübung eines besonderen Rechts erfolgten. Diese Einschränkung wurde aber von der Reichstagskommission gestrichen, weil „es nicht gebilligt werden kann, wenn jemand, selbst in der Ausübung eines formalen Rechts einem andern vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt“ [93]). § 826 BGB. müsse daher auch heute auf eine Handlung Anwendung finden, die sich nur scheinbar oder formell auf ein bestehendes Recht stützt.

Siebert untersucht dann weiterhin, ob zur Annahme einer nach § 826 BGB. unzulässigen Rechtsausübung der volle Tatbestand dieser Gesetzesbestimmung erfüllt sein müsse. Nach ihm haben alle diejenigen Tatbestandsmerkmale auszuscheiden, die ihrem Wesen nach ihre Bedeutung dem § 826 als Bestimmung des Schadensersatzrechtes verdanken. Wenn daher § 826 eine objektive Schadenszufügung verlange, so habe dies seinen Grund allein darin, daß sonst eine Verpflichtung zum Schadensersatz nicht begründet werden könne. Wenn weiterhin eine vorsätzliche Schadenszufügung verlangt werde, so habe dies ebenfalls in einer mit der Lehre vom Rechtsmißbrauch nicht zusammenhängenden Erwägung seinen Grund. Da durch § 826 BGB. — im Gegensatz zu den §§ 823 ff. BGB. — jedes überhaupt schutzwürdige Interesse geschützt werden soll, so mußte der Gesetzgeber auf der andern Seite die Voraussetzungen für eine entstehende Schadensersatzpflicht nach Möglichkeit einengen. Nur eine vorsätzliche

---

[92]) Staudinger Anm. II, III zu § 242; Silbermann a. a. O.; Heck § 4, 2; Lehmann, Allg. T., § 15, I, 2 c; Enneccerus-Nipperdey § 208 III.

[93]) Vgl. Siebert, „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“, S. 94.

Schadenszufügung soll daher einen Schadensersatz begründen können [94]). Es ergab sich nunmehr die Frage, ob der Verstoß gegen die guten Sitten allein bereits ausreichen soll, um eine Begrenzung des Inhalts der Rechte darzustellen. Siebert hat diese Frage aus dem rechtsethischen Gehalt der Normen bejaht. Unser Recht könne nicht so rein begrifflich-logisch, so ohne rechtsethischen Gehalt sein, daß eine gegen die Sitten verstoßende Handlung Ausübung eines Rechts sein kann. Durch diese Ausübungsschranken wird nun nach Siebert der Inhalt der betroffenen Rechte unmittelbar begrenzt [95]). Sobald der Rechtsträger diese Schranken bei der Geltungmachung des Rechts überschreitet, handelt er ohne Recht, wenn auch nicht notwendig rechtswidrig. „Jede Beschränkung der Ausübung ist gleichzeitig Beschränkung des Rechtsinhalts" [96]). Nur diejenigen Handlungen, die sich in den Grenzen des § 826, der guten Sitten und von Treu und Glauben abspielen, sind noch Rechtsinhalt und Inhaltsverwirklichung. Es gilt mithin, auch nach Siebert der im französischen Recht verankerte Satz: „Le droit cesse ou l'abut commence". Der Rechtsinhalt ist relativ, er geht niemals soweit, daß eine mißbräuchliche Ausübung noch Inhaltsverwirklichung sein könnte [97]) (Relativität des Rechtsinhalts). Diese Auffassung, daß die Schranken eines Rechts zugleich zu dessen Inhalt zu rechnen sei, entspreche durchaus dem deutschen Rechtsdenken und ermögliche es, unmittelbar den Gedanken der Gemeinschaft und des Gemeinnutzes zur Gestaltung zu bringen. Damit lehnt Siebert die Theorie der „äußeren Rechtsbeschränkung" ab, nach der die Ausübungsschranken den Rechtsinhalt nicht berühren, sondern nur dem Subjekt des Rechts verbieten, von dem ihm formell zustehenden Recht Gebrauch zu machen

2. Die Würdigung der Lehre.

Die Ansicht Sieberts, daß die Grundsätze von Treu und Glauben und der guten Sitten den Inhalt der Rechte unmittelbar begrenzen, so daß eine darüber hinausgehende „Rechtsausübung" unzulässig ist. — Handeln ohne Recht darstellt —, verdient Zustimmung. Es ist nicht einzusehen, daß jemand, der das ihm zustehende Recht mißbraucht, in einer gegen Treu und Glauben oder den guten Sitten widersprechenden Weise geltend macht, noch innerhalb der ihm zustehenden Rechtssphäre handeln soll. Es geht nicht an, auch in Zukunft die in der liberalistischen Zeit durchgeführte Trennung zwischen Recht und Moral, Recht und Sittengesetz in der bisherigen Form beizube-

[94]) Vgl. Siebert S. 110.
[95]) Vgl. Siebert S. 87 ff.; ders., Wandlung u. Fortbildung des Treuhandrechts, DJZ. 1934 Sp. 1240.
[96]) Vgl. Siebert S. 90.
[97]) Vgl. Siebert S. 97.

halten. Die Rechtsanschauung des Nationalsozialismus geht vielmehr dahin, die Grenzen von Recht und Ethik der früheren, liberalistischen Auffassung gegenüber näher aneinander zu rücken und schon ein dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstrebendes Verhalten als mit der Rechtsordnung unvereinbar anzusehen [98]). Ob sich dieses Ziel durch die von Siebert herangezogenen Generalklauseln auf allen Rechtsgebieten erreichen läßt, soll hier noch ganz dahingestellt bleiben. Die Frage nach dem Geltungsbereich der genannten Generalklausel bedarf später noch einer eingehenden Erörterung [99]). Hier kommt es allein darauf an, der Lehre Sieberts, daß Treu und Glauben und gute Sitten — soweit anwendbar — den Inhalt der Rechte unmittelbar begrenzen und nicht dulden, daß eine ihm widerstreitende Ausübung noch Inhaltsverwirklichung ist, zuzustimmen. Die Rechtsordnnug eines so hoch entwickelten Staates kann nicht billigen, daß eine den guten Sitten oder dem Grundsatz von Treu und Glauben entgegenstehende Geltendmachung sich noch innerhalb des Rahmens der Rechtsordnung halten soll. Es muß vielmehr schon demjenigen, der das ihm formell zustehende Recht in einer den genannten Grundsätzen widersprechenden Weise geltend macht, der Rechtsschutz versagt bleiben. Dieses Ergebnis entspricht auch durchaus dem Rechtsempfinden des Volkes. Da der Rechtsträger das ihm zustehende Recht überschreitet, muß ihm der Erfolg versagt werden. Die Theorie der „äußeren" Rechtsbeschränkung kann sich eines gewissen inneren Widerspruches nicht erwähren [100]). Sie spricht auf der einen Seite dem Rechtsträger ein bestimmtes Recht unbeschränkt zu, um dann andererseits die Inhaltsverwirklichungen dieses Rechts für unzulässig zu erklären. Dieser Widerspruch kann nur mit der Annahme einer den Rechtsinhalt unmittelbar begrenzenden Ausübungsschranke gelöst werden. In der Tat erscheint es ungefährlich, den Inhalt der Rechte in der Art zu begrenzen, daß aus ihrer Inhaltsverwirklichung nicht der Gerechtigkeit Hohn gesprochen werden kann. Der Volksgenosse, der sich seinen Pflichten gegenüber der Allgemeinheti bewußt ist und seine Rechte nicht im Widerstreit mit dem im nationalsozialistischen Staat herrschenden Gemeinschaftsgedanken oder dem Sittengesetz geltend macht, wird diese Inhaltsbeschränkungen kaum zu spüren bekommen. „Der ehrbare Volksgenosse bestimmt sein Handeln aus seinem sittlichen Empfinden, nicht aus seiner Kenntnis des Gesetzes" [101]). Derjenige aber, der heute noch in einer den genannten Grundsätzen widersprechenden Weise seine Rechte glaubt geltend machen zu können, muß mit

[98]) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 34 ff.
[99]) Siehe unten S. 45.
[100]) Vgl. Siebert, S. 88.
[101]) Lange, Generalklausel und neues Recht; ders., Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 40 ff.

aller Schärfe auf die größere Durchdringung der Rechte mit den ethischen Werten hingewiesen werden. Dabei betont Siebert mit Recht, daß die unzulässige Rechtsausübung nicht zugleich rechtswidrig zu sein braucht. „Der wider Treu und Glauben geltend gemachte Rechtsanspruch wird nicht zum Unrecht“ [102]). Die unzulässige Rechtsausübung wird erst dann rechtswidrig, wenn der Rechtsträger bei der scheinbaren Ausübung den geschützten Rechtskreis eines andern verläßt, was nicht immer der Fall zu sein braucht.

Gegen die Lehre Sieberts könnten nur Bedenken dahingehend erhoben werden, ob nicht die „Relativität des Rechtsinhalts“ zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen wird. Siebert selbst hat diese Bedenken widerlegt. Er weist einmal daraufhin, daß die Generalklausel nur mit aller Vorsicht als letztes Hilfsmittel, um zu einer gerechten Entscheidung zu gelangen, und nicht summum ius summa iniuria werden zu lassen, zur Anwendung zu kommen hat, und andererseits der Frage der Rechtssicherheit nicht allzu große Bedeutung beigemessen werden dürfe. In der Tat hat sich in den beiden letzten Jahrzehnten mit aller Deutlichkeit gezeigt, daß auch der Inhalt der starren Rechtsnormen von den zur Rechtsanwendung berufenen Personen nicht übereinstimmend ausgelegt und angewandt wurde. „Wir haben die Erfahrung gemacht, daß jedes Wort und jeder Begriff sofort strittig, unsicher, unbestimmt und schwankend wird, wenn in einer schwankenden Situation verschieden geartete Geister und Interessen sich seiner bemächtigen“ [103]). So konnte man auch bisher von einer Rechtssicherheit im eigentlichen Sinne nicht sprechen. Und weiterhin hat sich gezeigt, daI die Starrheit im Gesetz gerade zur Vermeidung unbilliger Entscheidungen zur Anwendung der Generalklauseln drängte. Der Gesetzgeber kann unmöglich die Vielgestaltigkeit der im Leben vorkommenden Fälle bei Schaffung der Rechtsnormen vorausahnen, so daß häufig aus der Anwendung der starren Rechtsnormen das größte Unrecht entstand [104]). So ist die Bedeutung solcher „dynamischen“ Rechtsnormen bereits allgemein anerkannt, und es geht heute allgemein die Tendenz vom „statischen“ zum „dynamischen“ Recht, wie z. B. das Reichserbhofgesetz mit aller Deutlichkeit zeigt. In der heutigen Zeit sind die Generalklauseln aber das einzige Hilfsmittel, um nationalsozialistisches Ideengut in das noch zum größten Teil der liberalistischen Zeit angehörende Recht eindringen zu lassen [105]). Es ist deshalb kein Zufall, wenn augenblicklich die Generalklauseln erhöht zur Anwendung kommen.

Die Widersprüche in ihrer Anwendung werden immer mehr schwinden, sobald sich die nationalsozialistische Weltanschauung im

[102]) Hamburger S. 16; vgl. auch Siebert S. 133 f.
[103]) Schmitt, Carl, „Staat, Bewegung, Volk“, S. 42 ff.
[104]) Vgl. Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934.
[105]) Vgl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 42.

deutschen Volke verankert hat, und das ganze deutsche Volk zu einer Gesinnungsgemeinschaft geworden ist.

Mit dem Fortfall der Interessengegensätze, die in der Nachkriegszeit das deutsche Volk in unzählige Parteien zerriß, werden die Generalklauseln nach einheitlichen, von der Führung des Volkes gewiesenen Richtlinien gehandhabt werden und damit bald eindeutig Inhalt und Gestalt erhalten. Aufgabe der höchsten richterlichen Rechtsprechung wird es sein, aus dem umfangreichen Inhalt der Generalklauseln bestimmte Erfahrungssätze allgemeiner Natur herauszuschälen, die eine über den Einzelfall hinausragende Bedeutung erlangen können.

So wird auch der Rechtsmißbrauch, soweit nach den besonderen gesetzlichen Vorschriften kein der Gerechtigkeit angemessenes Ergebnis gewonnen werden kann, mit Hilfe der von Siebert herangezogenen Generalklauseln mit Erfolg bekämpft werden können, ohne daß wir um die „bestehende" Rechtssicherheit zur fürchten hätten.

Nachdem wir die Grundsätze von Treu und Glauben und den guten Sitten als Rechtsausübungsschranken kennen gelernt haben, sollen nun diese Grundsätze auf das Sicherungseigentum angewandt werden. Es ist also zu prüfen, wann die Berufung des Sicherungsgläubigers auf das Sicherungseigentum dem geschädigten Drittgläubiger gegenüber gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten verstößt. Dazu bedarf es jeweils noch einer genauen Festlegung der Tatbestände und des Geltungsbereiches dieser Grundsätze.

§ 8. „Treu und Glauben" als Schranke der Rechtsausübung.

1. Der Begriff „Treu und Glauben".

Der Grundsatz von Treu und Glauben hat, wie wir bereits gesehen haben, seine gesetzliche Stütze im § 242 BGB. gefunden. Danach hat der Schuldner die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert. Der Schuldner hat mithin bei Erfüllung seiner Schuld auf die berechtigten Interessen des Gläubigers Rücksicht zu nehmen. Andererseits braucht er dem Leistungsbegehren des Gläubigers nur insoweit nachzukommen, als es mit Treu und Glauben vereinbar ist. Damit wendet sich diese Bestimmung zugleich an den Gläubiger und gebietet ihm, bei Vermeidung der Versagung des Rechtsschutzes nur eine mit Treu und Glauben zu vereinbarende Leistung zu verlangen. Wir haben gesehen, daß § 242 BGB. in seiner Eigenschaft als Begrenzung des Gläubigerrechts heute seine Hauptbedeutung erlangt hat, wie die Lehre Sieberts von der „Unzulässigkeit der Rechtsausübung" zeigt. Der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB. bedeutet also für die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten die Pflicht, auf die berechtigten Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen. Keiner

Partei steht das Recht zu, aus einem den berechtigten Interessen und Erwartungen des Rechtsgegners widersprechenden Verhalten eine günstige Rechtsfolge herzuleiten. „Jeder muß sich im Rechtsverkehr auf die Ehrlichkeit und Anständigkeit der Gegenkontrahenden verlassen können“ [106]). Die zur Entscheidung berufenen Personen haben mithin eine gerechte Abwägung der beiderseitigen Interessen zu treffen mit dem Ziele, dem wertvolleren Interesse zum Rechtsschutz zu verhelfen [107]). Gegenstand und Grundlage der Interessenabwägung bildet das zwischen den Beteiligten bestehende Rechtsverhältnis. Bei Abwicklung dieser Rechtsbeziehungen haben die Parteien die Grundsätze von Treu und Glauben zu beachten.

Das durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzte Gläubigerrecht wird in der Regel der Fälle in der Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Schuldner bestehen. Doch ist dies nicht unbedingt erforderlich. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsgestaltungsrechte (Kündigungs-, Anfechtungs-, Rücktrittsrecht), die dem Rechtssubjekt unmittelbar die Macht zur Aenderung des bestehenden Rechtszustandes geben. Bei Vornahme solcher Rechtsänderungen macht der Berechtigte keinen Anspruch gegen den Betroffenen geltend, sondern wirkt kraft eigenen Rechts auf die bestehende Rechtslage ein. Da aber die Rechtsfolgen einer solchen Handlungsweise den Rechtsgegner unmittelbar treffen, so kann solche Rechtsausübung für den Betroffenen im höchsten Grade unbillig sein. Es besteht daher auch in diesem Falle das unbedingte Bedürfnis, dem Rechtsgegner die Berufung auf eine wider Treu und Glauben verstoßende Rechtsausübung zuzusprechen. Soweit also § 242 gilt, muß er jeder Art Rechtsausübung entgegengesetzt werden können.

Die Voraussetzungen, die nun im einzelnen Fall vorliegen müssen, um einen Verstoß gegen Treu und Glauben annehmen zu können, lassen sich generell nicht bestimmen [108]) Der Verstoß gegen Treu und Glauben ergibt sich jeweils aus den Umständen des zu beurteilenden Falles. Dabei sind die Voraussetzungen, die zur Annahme eines derartigen Verstoßes berechtigen, für alle Zeiten nicht die gleichen, sondern richten sich stets nach den im Volke herrschenden Wertanschauungen. „Im deutschen Staat der Gegenwart ist die nationalsozialistische Bewegung führend. Von ihren Grundsätzen aus muß daher bestimmt werden, was gute Sitten, Treu und Glauben . . . sind“ [109]). Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß die Anforderungen, die der nationalsozialistische Staat wegen der Betonung des Pflicht- und Ge-

---

[106]) Silbermann a. a. O.

[107]) Vgl. Siebert S. 117 ff.; Leonhardt § 26; Schneider S. 131.

[108]) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 120 ff.

[109]) Carl Schmitt, „Fünf Leitsätze f. d. Rechtspraxis“, JW. 1933, S. 2793. Vgl. Lange, Vom alten z. neuen SchR., S. 43.

meinschaftsgedankens an die Rechtsgenossen stellt, weit höhere sind, als es der bisher geltenden individualistischen Anschauung entsprach [110]). Die Parteien haben heute bei Begründung und Abwicklung der Rechtsbeziehungen im hohen Maße auf die Interessen der Allgemeinheit Rücksicht zu nehmen. Dies gilt natürlich nur insoweit, als durch die zwischen ihnen bestehenden Beziehungen die Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter dritter Personen berührt werden. So würden Abmachungen zwischen den Parteien, die gegen das Gemeinwohl verstoßen, keine rechtliche Anerkennung erlangen.

Es fragt sich endlich, ob zur Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben ein Verschulden erforderlich ist, so daß die an den Verstoß geknüpften Rechtsfolgen nur eintreten, wenn dem Rechtsträger Vorsatz oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann. Diese Frage wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung überwiegend verneint [112]). In der Tat würde das Erfordernis des Verschuldens die Anwendung dieses Grundsatzes aussichtslos machen, da in den meisten Fällen die Annahme eines Verstoßes nur nach genauester Abwägung der beiderseitigen Interessen von einer am Rechtsverhältnis nicht beteiligten, unparteiischen Person erfolgen kann. Vor allem aber enthält § 242 BGB. keinen Hinweis in dieser Richtung. Zur Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben genügen also äußere Umstände, was aber die Verwertung etwa vorliegender subjektiver Momente nicht ausschließt. Ist Treu und Glauben aber ein rein objektiver Begriff, so ist es falsch, für ihn den aus dem römischen, ins Gemeine Recht übernommenen Ausdruck ‚exceptio doli generalis' (Einrede der Arglist) zu gebrauchen [113]). Einmal ist ein Verschulden, insbesondere eine Arglist nicht erforderlich; außerdem handelt es sich nicht um eine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, der Verstoß ist vielmehr von Amts wegen zu berücksichtigen [114]).

2. Der Wirkungsbereich dieses Grundsatzes.

Daß § 242 BGB. im gesamten Schuldrecht gilt und hier von den Parteien verlangt, auf die berechtigten Interessen des andern Teils Rücksicht zu nehmen, haben wir eben dargetan. Wichtig ist nun

---

[110]) Siehe Dölle a. a. O.; Lange, Vom alten z. neuen SchR., S. 43/44.

[112]) Vgl. bes. Siebert S. 121; ders. in JW. 1932 S. 942/43; ferner Hamburger, Treu u. Glauben, S. 18; Schneider S. 131; Hedemann, Schuldrecht, S. 55; Staudinger I zu § 242; Oertmann Anm. 2 a zu § 242; Planck Anm. 3 zu §242; Enneccerus-Nipperdey § 208 III. — RGZ. 81, 398; 87, 283; 109, 309; 115, 137; 131, 233.

[113]) Heck, Schuldrecht, § 4, 4.

[114]) Siebert a. a. O. S. 148; ders. in JW 1932, S. 2384; Heck, Schuldrecht § 4, 2; Enneccerus-Lehmann § 4 II, 1; v. Tuhr, II. Bd. 2. Hälfte § 93, II; Leonhard § 29; Staudinger, Anm. III 2 zu § 242; Oertmann Anm. 3 zu § 242.

die Entscheidung der Frage, ob der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Sachenrecht zur Anwendung kommt, so daß man sich auch bei Geltendmachung von dinglichen Rechten auf diesen Grundsatz berufen kann. Diese Frage ist für die Drittgläubiger von erheblicher Bedeutung, falls der Sicherungsgläubiger ihm gegenüber sein Sicherungseigentum geltend machen sollte.

Im Schrifttum wird heute die Geltung des § 242 BGB. im gesamten Privatrecht überwiegend bejaht [115]). Der Reichsgerichtsräte-Kommentar [116]) vertritt jedoch auch in der neuesten Auflage die Ansicht, daß bei dinglichen Ansprüchen „die für Schuldverhältnisse gegebene Regel des § 242 keine Stelle habe. Derartige Ansprüche müssen durch Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes schlechthin erfüllt werden". Umso auffallender ist es, daß derselbe Kommentar die Anwendung des § 242 im öffentlichen Recht bejaht [117]). Eine nähere Begründung für diese Ansicht fehlt. Das Reichsgericht hatte bisher zu der Frage der Anwendung des § 242 BGB. bei dinglichen Ansprüchen noch nicht eindeutig Stellung genommen. In vielen Entscheidungen hat das Reichsgericht zwar den Grundsatz von Treu und Glauben als den gesamten Rechtsverkehr schlechthin beherrschend bezeichnet [118]), doch schien es bei außervertraglichen Ansprüchen zu einer abweichenden Meinung zu neigen [119]). Letzthin hat aber der V. Z. S. in seinem Urteil vom 19. 9. 1934 [120]) den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung – gestützt auf § 242 BGB. – gegenüber dem Grundbuchberichtigungsanspruch zugelassen und damit die Anwendung dieses Grundsatzes im Sachenrecht bejaht.

Gegen die Anwendung des § 242 BGB. im Sachenrecht können zwei Bedenken entstehen. Einmal fragt es sich, ob die Bestimmung, die für schuldrechtliche Ansprüche geschaffen ist, überhaupt auf dingliche Ansprüche rechtlich anwendbar ist, oder ob nicht die Natur der dinglichen Rechte und Ansprüche entgegensteht. Dann könnte man weiterhin aus der Stellung des § 242 BGB. schließen, daß diese Gesetzesbestimmung nur für das Schuldrecht gedacht ist, andernfalls sie in den Allgemeinen Teil des BGB., der unzweifelhaft im ge-

---

[115]) Siebert a. a. O. S. 123; ders. in JW. 1934 S. 3054. Enneccerus-Nipperdey § 208 III, 2 a; Heck § 4, 2 d; Lehmann, Allgem. T. § 13 II 2 b, § 15 I 2 c; Siebert § 18, 4; Hamburger S. 8 ff.; Hager S. 143; Schmidt § 52; Bilfinger a. a. O.; Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 42 ff.; v. d. Trenk a. a. O.; Enneccerus-Lehmann § 1 III 2; Wendt S. 390 ff., 412; Soergel zu § 242 1. Teil Nr. 2; v. Staudinger Anm. IV zu § 242; Warneyer Anm. IV zu § 242; Planck Anm. 3 zu § 242. — a. A.: Oertmann Anm. 1 zu § 242; Leonhard § 29.

[116]) RGRK. Anm. 3 zu § 242.

[117]) RGRK. Anm. 4 zu § 242.

[118]) Vgl. u. a. RGZ. 85, 117; 58, 356; 71, 435; 81, 399; 107, 361.

[119]) Vgl. RGZ. 92, 11; 93, 105 f.; 131, 178.

[120]) RG. in JW. 1934, 3054.

samten Privatrecht gilt, aufgenommen worden wäre. Diese beiden Bedenken gilt es, zu widerlegen.

a) Schuldrechtlicher und dinglicher Anspruch.

Wir haben in unserem Rechtssystem zwischen den dinglichen (oder absoluten) Rechten und den persönlichen (oder relativen) Rechten zu unterscheiden. Die dinglichen Rechte sind solche, die unmittelbar mit einer beweglichen oder unbeweglichen Sache verknüpft sind und dem Berechtigten ein gegenüber allen Personen geltendes Herrschaftsrecht über die Sache verschaffen. Sie richten sich gegen alle Personen, die in irgendeiner Weise auf die Sache einwirken. Die relativen Rechte dagegen bestehen in einer Beziehung von Person zu Person. Dies zeigt sich am deutlichsten bei den Forderungsrechten: der Anspruchsberechtigte kann von dem Schuldner eine Leistung verlangen. Nie kann ihm sein Forderungsrecht unmittelbar ein Recht an der Sache verschaffen.

Die dinglichen Rechte unterscheiden sich also ganz erheblich von den relativen Rechten. Dieser Unterschied besteht aber nicht mehr zwischen den persönlichen und dinglichen Ansprüchen. Soweit der Berechtigte auf Grund seines ihm zustehenden dinglichen Rechtes einen Anspruch gegen einen Dritten geltend macht, zeigt sich auch hier mit aller Deutlichkeit das Bestehen einer Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, dem Gläubiger und dem Schuldner. Das dingliche Recht besteht in einer Beziehung zwischen Person und Sache, der dingliche Anspruch wendet sich aber gerade so wie der obligatorische Anspruch gegen eine bestimmte Person[121]. „Der Anspruch entspringt aus dem absoluten Recht, ist seine Folgeerscheinung — Ausflußrecht —, er ist aber nicht dem absoluten Recht gleichzusetzen“[122]. Der Unterschied zwischen den dinglichen und persönlichen Ansprüchen liegt also in ihrem Ursprung[123]. Der dingliche Anspruch leitet sich aus dem dinglichen Recht her, während der persönliche Anspruch in den meisten Fällen seine Rechtsgrundlage in einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis findet. Das Wesentliche ist also, daß auch bei dem dinglichen Anspruch eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen entsteht, die sich als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen. Demgegenüber ist es gleichgültig, daß der dingliche Anspruch in der Regel der Fälle sich grundsätzlich in seinen Zweck und Erfolg von den obligatorischen Ansprüchen unterscheidet[124]. Für uns ist es allein von Wichtigkeit, festzustellen, daß mit dem Bestehen einer Rechtsbeziehung zwischen

[121]) Vgl. schon Wendt, S. 390; neuerdings Stutz a. a. O. S. 84 ff.
[122]) Vgl. Lehmann, Allgem. T. § 13 II 1.
[123]) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 1 III 2.
[124]) v. Tuhr, Allgem. T. I. Bd. S. 245 ff.

zwei Personen auch bei den dinglichen Ansprüchen die Möglichkeit einer Interessenabwägung zwischen den Beteiligten geschaffen wird. Denn eine Abwägung beiderseitiger Interessen ist begrifflich überhaupt nur dann möglich, wenn sich zwei Personen auf verschiedenen Parteiseiten gegenüberstehen. Während also bei den relativen Rechten von vornherein eine persönliche Beziehung gegeben ist, entsteht sie beim dinglichen Recht erst mit der Geltendmachung des Anspruchs gegen einen bestimmten Gegner. Häufig ergibt sich auch die Tatsache des Nebeneinanderbestehens eines persönlichen und dinglichen Anspruchs, die auf das gleiche Ziel gerichtet sind. So kann z. B. der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit die vermietete Sache auf Grund des Mietverhältnisses zurückverlangen, er kann aber auch, wenn er sogleich der Eigentümer der vermieteten Sache war, dieselbe mit dem dinglichen Herausgabeanspruch von dem Schuldner zurückverlangen. In diesen Fällen des Nebeneinanderbestehens des persönlichen und dinglichen Anspruchs zeigt sich die gleiche Struktur dieser Ansprüche mit aller Deutlichkeit. Mit beiden Ansprüchen wird die gleiche Leistung begehrt, und kann auch das gleiche Ergebnis erzielt werden. Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß aus dem Wesen der dinglichen Ansprüche grundsätzlich kein Hinderungsgrund für die Anwendung des § 242 BGB im Sachenrecht hergeleitet werden kann.

b) Die Stellung des § 242 im BGB.

Auch der Stellung des § 242 im BGB. kann man keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen. Die Stellung einer Vorschrift im Gesetz kann für ihren Geltungsbereich nicht schlechthin maßgebend sein, zumal wenn es sich um eine entsprechende Anwendung handelt. Da aus Schuldverhältnissen die meisten Leistungsverpflichtungen entspringen, hat der Gesetzgeber die den Leistungsinhalt begrenzende Norm an den Anfang des Schuldrechts gestellt. § 242 BGB. will schlechthin den Leistungsinhalt bestimmen, gleichgültig, welchem Rechtsgrund der Anspruch seine Entstehung verdankt. Immer dann, wenn von einer Person eine Leistung verlangt wird, soll sich die Art ihrer Erfüllung und damit zugleich das Gläubigerrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben richten. Niemals soll der Schuldner gezwungen werden, eine mit diesem Grundsatz in Widerspruch stehende Leistung zu erbringen. Da der dingliche Anspruch gegenüber dem schuldrechtlichen keine Besonderheiten aufweist, ist die Anwendung des § 242 BGB. auf diese eine unbedingte Notwendigkeit. § 242 will verhindern, daß der Gläubiger von seinem Schuldner eine unbillige, mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Leistung verlangen kann. Der Zweck würde aber nur unvollkommen erreicht, wollte man diese Bestimmung von so allgemeiner Bedeutung auf das Schuldrecht beschränken. Dasselbe Bedürfnis, das für die Begrenzung für

schuldrechtliche Ansprüche besteht, verlangt die Anwendung dieser Vorschrift im Sachenrecht. Wegen der Gleichartigkeit der Fälle läßt sich daher grundsätzlich eine entsprechende Anwendung des § 242 auf dingliche Ansprüche nicht ausschließen. Es ist schlechthin nicht einzusehen, warum der Gläubiger einen Anspruch in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise soll geltend machen können, nur weil der Anspruch seine Grundlage in einem dinglichen Recht findet.

§ 242 BGB. wird daher mit Recht von der herrschenden Lehre im Schrifttum und von der Rechtsprechung auf alle Ansprüche — soweit nicht ihre besondere Struktur entgegensteht — angewandt. Damit wird Treu und Glauben zu einem das ganze Privatrecht beherrschenden Grundsatz erhoben, aus dem sich ergibt, daß der Geltendmachung eines Rechts mit dem Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben widersprochen werden kann. Mit dem umfassenden Geltungsbereich des § 242 gewinnt die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung an Bedeutung. Die allgemeine Wandlung des Eigentums und der subjektiven Rechte überhaupt, die im neuen Staate durch den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken hervorgerufen wurde, kann schon jetzt mit Hilfe dieser Lehre durchgeführt werden. Der Weg über das Deliktsrecht, der in der Regel der Fälle nicht zum Erfolge führte [125]), wird überflüssig. Die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung bildet die dogmatische Durchführung der Wandlung der subjektiven Rechte. Durch diese Lehre wird der Pflichtgedanke in das Sachenrecht selbst verlegt und gibt dem Eigentum wie den anderen dinglichen Rechten einen durch Treu und Glauben elastisch gestalteten Inhalt. Während bisher die Geltendmachung formal begründeter Rechte — auch wenn gegen Treu und Glauben verstoßend — zulässig war, und ein Ersatzanspruch gegen den Berechtigten nur über das Deliktsrecht gegeben war, führt heute die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung zur Versagung des Rechtsschutzes. Einen praktischen Fortschritt bedeutet es weiterhin, daß in den Tatbeständen der unzulässigen Rechtsausübung die subjektiven Momente zurückgedrängt werden können, da Treu und Glauben zu seiner Anwendung ein Verschulden nicht notwendig voraussetzt.

§ 242 BGB. hat daher die hohe Aufgabe, dem Mißbrauch formal begründeter Rechte entgegenzutreten und damit zu verhindern, daß die Rechts- zur Unrechtspflege werde. Jedes Recht muß aufhören, Recht zu sein, wenn es mißbraucht wird. Auch die Geltung von

[125]) Die Gründe dafür liegen darin, daß § 823 Abs. 1 nur bestimmte Rechtsgüter schützt und daß § 826 BGB. eine vorsätzliche sittenwidrige Schadenszufügung zur Voraussetzung hat. § 823 Abs. 2 BGB kann in diesem Zusammenhang nicht zur Anwendung kommen, da in der Regel der Fälle keine Schutzbestimmung besteht, die verletzt werden könnte.

Treu und Glauben im öffentlichen Recht wird immer mehr anerkannt [126]), so daß schon heute dieser Grundsatz in allen Rechtsgebieten Eingang gefunden hat. Gleich dem kategorischen Imperativ durchdringt er unser heutiges Recht.

3. Wann verstößt die Geltendmachung des Sicherungseigentums gegen „Treu und Glauben".

Wir haben Treu und Glauben kennen gelernt als das Erfordernis der unparteiischen Abwägung der widerstreitenden Interessen an einer Sonderbeziehung beteiligten Personen. Wir haben gesehen, daß bestimmte, ein für allemal gegebene Voraussetzungen für die Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht aufgestellt werden konnten, sondern daß sich jeweils aus den Umständen des einzelnen Falles die Annahme eines Verstoßes ergeben mußte. Von besonderer Bedeutung war für uns, daß der Mangel eines Verschuldens auf der Gläubigerseite die Annahme eines Verstoßes nicht notwendig hinderte, wenn nämlich starke berechtigte Interessen des Schuldners entgegenstanden. Der Nachweis der erforderlichen inneren Tatbestandsmerkmale bei den bisher angewandten Rechtsbehelfen war es ja gerade, der den Drittgläubigern so häufig einen Schutz versagte. Wenn wir nun im folgenden prüfen wollen, welche Umstände im einzelnen die Annahme eines Mißbrauchs rechtfertigen, so muß von vornherein darauf hingewiesen werden, daß der Verstoß gegen Treu und Glauben im Verhältnis von Sicherungsgläubiger zu Drittgläubiger liegen muß, da sich letztere dem Sicherungsgläubiger gegenüber auf eine „unzulässige" Rechtsausübung berufen wollen. Zwischen ihren widerstreitenden Interessen hat also eine gerechte Abwägung zu erfolgen.

a) Sicherungsgegenstand ist das gesamte Schuldnervermögen.

Behandeln wir zunächst die Fälle, in denen der Schuldner sein gesamtes bewegliches Vermögen, insbesondere also sein ganzes Warenlager, zur Sicherheit übereignet. Wir haben gesehen, daß der Uebergang des Eigentums nach außen in keiner Weise zu erkennen ist, da der Schuldner nach wie vor im ungeschmälerten Besitz der Sachen verbleibt. Häufig kann er auch — insbesondere bei Uebereignungen eines Warenlagers mit wechselndem Bestande weiterhin wie ein Eigentümer über die Sicherungsgegenstände verfügen. Bei einer solchen Sachlage können unbeteiligte Dritte von der veränderten Vermögenslage des Schuldners auch bei Anwendung aller Sorgfalt nichts erfahren.

[126]) Vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 125; Hedemann, „Flucht in die Generalklausel", S. 24; RGRK. Anm. 4 zu § 242; RGZ. 113, 81. Vgl. ferner Kluckhohn a. a. O. über die Bedeutung von Treu und Glauben im Steuerrecht.

Der Sicherungsgläubiger hat bisher keine Veranlassung gehabt, dritte Personen auf die durch die Vornahme der Uebereignungen eingetretene Kreditunwürdigkeit des Schuldners aufmerksam zu machen. Er war ja für alle Fälle für seine Forderungen gedeckt, und was kümmerte ihn das Schicksal seiner Nachmänner. Nachteile konnten ihm nur bei Nachweis eines Schädigungsbewußtseins zur Zeit des Abschlusses der Verträge erwachsen. Nur dann, wenn der Zusammenbruch des schuldnerischen Unternehmens nicht mehr aufzuhalten war, dritte Gläubiger sich wegen ihrer Forderungen an die beweglichen Sachen halten wollten, hielt er es für nötig, als Eigentümer der beweglichen Habe ihnen gegenüber in Erscheinung zu treten.

Wenn wir nun prüfen, worin bei einem solchen Sachverhalt der Verstoß gegen Treu und Glauben zu finden ist, so sehen wir, daß in dem Abschluß des Sicherungsvertrages allein ein solcher Verstoß noch nicht zu erblicken ist. Ein Gläubiger mag sich ruhig die bewegliche Habe seines Schuldners zur Sicherheit übereignen lassen. Wenn er ihm in Zukunft genügenden Kredit gewährt, so daß der Schuldner keinen fremden Kredit in Anspruch zu nehmen braucht und die späteren Gläubiger befriedigen kann, so ist gegen ein solches Verhalten nichts einzuwenden. Der Verstoß gegen Treu und Glauben kann daher in den hier zur Erörterung stehenden Fällen nur nach Erlangung des Sicherungseigentums liegen. Die Geheimhaltung der Sicherungsverträge — soweit durch sie die Kreditunwürdigkeit des Schuldners hervorgerufen wird – verbunden mit dem späteren Geltendmachen des Eigentums gegenüber dem Drittgläubiger, widerspricht dann auch dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Der Sicherungsgläubiger, der unzweifelhaft durch den Abschluß eines so umfangreichen Sicherungsvertrages eine Gefahrenquelle für alle zukünftigen Gläubiger schafft, unterläßt es, diesen gegenüber den Abschluß des Sicherungsvertrages kenntlich zu machen. Er läßt den Schein der Kreditwürdigkeit beim Schuldner, läßt ihn uneingeschränkt Dritten gegenüber als Eigentümer erscheinen, um sich dann beim Zusammenbruch des schuldnerischen Unternehmens auf sein Sicherungseigentum zu berufen. Gegen eine solche Handlungsweise des Sicherungsgläubigers sind die Dritten schutzlos. Es ist ihnen unmöglich, auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Kenntnis von dem Abschluß der Sicherungsverträge und damit von der Kreditunwürdigkeit des Schuldners zu erlangen. Wenn nun Bauer-Mengelberg [127]) ausführt, wer sich bei Kreditgewährung auf den äußeren Anschein, auf das Vorhandensein der Warenvorräte etc. verläßt, verdient nicht, besonders geschützt zu werden, so bleibt es unerfindlich, worauf sich die Drittgläubigen dann verlassen sollten. Der Schuldner wird ihnen nicht bei den Verhandlungen um eine

[127]) JW. 1931 S. 2088 p. ff.

Kreditgewährung seine überaus schlechte Vermögenslage offenbaren. Auch eine Einholung von Auskünften wird in diesen Fällen den Drittgläubigern kein klares Bild von den Vermögensverhältnissen des Schuldners geben, da die für die Kreditgewährung des Schuldners maßgebenden Uebereignungen nach außen in keiner Weise bekannt geworden sind [128]). Der Satz Bauer-Mengelbergs hat nur dann eine Berechtigung, wenn die Drittgläubiger bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt imstande gewesen wären, die wahren Vermögensverhältnisse des Schuldners zu erkennen. In unseren Fällen gehen wir aber von der Nichterkennbarkeit der vorgenommenen Sicherungsübereignungen aus. Bei dieser Sachlage verstößt die Geltendmachung des Sicherungseigentums dem Drittgläubiger gegenüber im gewissen Umfange [129]) gegen Treu und Glauben. Wir haben gesehen, daß sich im heutigen Staat der Inhalt der Generalklauseln nach den Anschauungen der nationalsozialistischen Bewegung bestimmt, und daher der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke in den Vordergrund zu treten hat [130]). Dieser legt aber jedem Rechtsgenossen die selbstverständliche Pflicht auf, sein Verhalten im Verkehr so einzurichten, daß Benachteiligungen Dritter möglichst vermieden werden [131]). „Treu und Glauben fordern Rücksichtnahme auf das Gemeinwohl und auf das Wohl des Nächsten. Sie bringen den Gedanken zur Geltung, daß Recht zugleich Pflicht ist, daß die Berechtigung ihre Grenze an der Zumutbarkeit findet" [132]). Gegen diesen obersten Grundsatz hat der Sicherungsgläubiger verstoßen. Er war allein um seine Sicherung besorgt und hat dabei in gröbster Weise die Interessen Dritter vernachlässigt.

Auch die Berücksichtigung des Gemeinwohls verlangt, daß dem Sicherungsgläubiger den Drittgläubigern gegenüber in gewissem Umfange der Rechtsschutz versagt werde. Grundsätzlich können zwar die Beteiligten — in unserem Fall die Sicherungsvertragsparteien — ihre Rechtsbeziehungen nach ihrem Belieben regeln, sobald aber Interessen Dritter oder der Allgemeinheit berührt werden, haben die Beteiligten auf diese Interessen entsprechend Rücksicht zu nehmen [133]). Im Interesse der Allgemeinheit liegt es aber, daß nicht durch übermäßige Sicherungen eines Gläubigers dritte Unternehmer Schaden erleiden und unter Umständen dem Konkurs entgegengetrieben werden. Der Zusammenbruch eines kaufmännischen Unternehmens ist volkswirtschaftlich stets von großem Schaden.

[128]) Vgl. die zutreffenden Ausführungen des Reichsgerichts in JW. 1913 S. 318.

[129]) Siehe unten S. 53/54.

[130]) Vgl. Schmitt, „Neue Leitsätze . . ." JW. 1933, 2793; Lange, „Generalklausel und neues Recht".

[131]) Vgl. Soergel zu § 242 1. Teil Nr. 3; RGZ. 73, 347.

[132]) Siehe Radloff a. a. O.

[133]) Vgl. Siebert, „Unzulässigkeit der Rechtsausübung" S. 118 ff.

Bei dieser Sachlage ist es gleichgültig, ob dem Sicherungsgläubiger bei seinem Verhalten ein Verschulden zur Last fällt, ob er also die Schädigung Dritter voraussah oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraussehen mußte. Die Interessen der Drittgläubiger und der Allgemeinheit sind im vorliegenden Fall so schwerwiegend, daß es auf ein Verschulden auf Seiten der Sicherungsgläubiger nicht mehr entscheidend ankommen kann.

Da Treu und Glauben endlich die Berücksichtigung der Verkehrssitte verlangt, so könnte der Sicherungsgläubiger für sich in Anspruch nehmen, daß die Geheimhaltung der Sicherungsverträge der bisherigen Verkehrssitte entsprach. Mit diesem Einwand kann der Sicherungsgläubiger aber nicht gehört werden, da die Berücksichtigung der Verkehrssitte nur erfolgen kann, soweit sich dieselbe innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben hält [134]).

Die Erlangung und Geltendmachung des Sicherungseigentums gegenüber den Drittgläubigern verstößt nun aber nicht im vollen Umfange gegen Treu und Glauben. Eine solche Lösung würde m. E. einer unparteiischen und gerechten Abwägung der Interessen der Dritt- und Sicherungsgläubiger nicht gerecht werden, sie ist aber auch mit der Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung unvereinbar.

Eine unzulässige Rechtsausübung kann immer nur insoweit angenommen werden, als der Sicherungsgläubiger die Grenzen von Treu und Glauben überschreitet. Solange sich die Geltendmachung seines Sicherungseigentums innerhalb der Grenzen der genannten Generalklausel hält, kann ihm der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht mit Erfolg entgegengehalten werden [135]). Es ist nun mit Treu und Glauben durchaus vereinbar, daß sich der Sicherungsgläubiger kleinere Teile des beweglichen Vermögens des Schuldners auch ohne besondere Kenntlichmachung zur Sicherheit übereignen läßt. Da durch derartige Sicherungsverträge kleineren Umfangs grundsätzlich die Kreditwürdigkeit des Schuldners nicht beeinträchtigt wird, vielmehr erhalten bleibt, kann der Sicherungsgläubiger das so gewonnene Sicherungseigentum dem Drittgläubiger gegenüber geltendmachen, ohne den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung befürchten zu müssen. Erst wenn die Sicherungsverträge einen größeren Umfang annehmen, dadurch die Kreditwürdigkeit des Schuldners beeinträchtigt wird und bei mangelnder Kenntlichmachung eine Gefährdung für spätere Kreditgeber eintritt, wird die Grenze erreicht, von der ab die spätere Geltendmachung des Sicherungseigentums dem Drittgläubiger gegenüber gegen Treu und Glauben verstößt. Bis zu dieser Grenze bewegt sich aber der Sicherungsgläubiger innerhalb der Schranken von Treu und Glauben

---

[134]) Oertmann Anm. 3 zu § 242.
[135]) Vgl. oben S. 40.

und kann ihm daher insoweit der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht wirksam entgegengehalten werden.

So haben wir in den hier zur Erörterung stehenden Fällen, bei denen das gesamte bewegliche Vermögen des Schuldners den Gegenstand der Sicherungsverträge bildet, die Grenze festzustellen, bis zu der eine Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit des Schuldners und eine Gefährdung der Drittgläubiger nicht verursacht worden wäre, wenn nicht noch weitere Gegenstände dem Sicherungsgläubiger übereignet worden wären. Bis zu dieser Grenze bleibt dem Sicherungsgläubiger das Sicherungseigentum erhalten, und kann er es auch dem Drittgläubiger gegenüber mit Erfolg geltend machen. Sobald er aber diese Grenze überschreitet, verläßt er auch zugleich die Schranken von Treu und Glauben und wird damit seine Rechtsausübung zu einer unzulässigen. Wo nun jeweils die Grenze zwischen der zulässigen und der gegen Treu und Glauben verstoßenden Geltendmachung zu ziehen sein wird, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab und läßt sich generell nicht bestimmen. Grundsätzlich wird man aber sagen können, daß der Sicherungsgläubiger sein Sicherungseigentum nicht mehr mit Erfolg dem Drittgläubiger gegenüber wird geltend machen können, soweit es mehr als ein Drittel des Wertes des schuldnerischen beweglichen Vermögens ausmacht. Der Umfang des Vermögens bestimmt sich nach dem Stande zur Zeit des Abschlusses des Sicherungsvertrages, beim Vorliegen mehrerer Verträge zugunsten desselben Gläubigers zur Zeit des letzten Vertragsabschlusses. Verbessert sich nach Vertragsabschluß die Vermögenslage des Schuldners hinsichtlich seines beweglichen Vermögens, so kommt dies dem Sicherungsgläubiger zugute. Die Interessenabwägung kann im einzelnen Fall für den Sicherungsgläubiger günstiger ausfallen. Niemals wird er aber mehr als die Hälfte des schuldnerischen beweglichen Vermögens in wirksamer Weise gegenüber dem Drittgläubiger geltend machen können. Die Grenze schwankt mithin zwischen 30 bis 50 v. H.

Da der Mangel des Verschuldens in den vorliegenden Fällen die Annahme eines Verstoßes gegen die Generalklausel nicht ausschließt, kommen wir auch zur Bejahung eines Verstoßes gegen diesen Grundsatz, wenn sich der Gläubiger nacheinander das gesamte Vermögen des Schuldners übereignen läßt[136]). Es kommt bei dieser Sachlage gar nicht darauf an, ob beim Sicherungsgläubiger beim Abschluß der einzelnen Sicherungsverträge ein Verschulden vorliegt. Läßt er sich nach und nach das gesamte Vermögen übereignen, so verstößt die Geltendmachung des Sicherungseigentums den Drittgläubigern gegenüber in dem oben festgestellten Umfang gegen Treu und Glauben.

---

[136]) Vgl. oben S. 30 ff.

Auch beim Tatbestand der „mala fides superveniens" kommen wir zum Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Da es auf einen Verschuldenstatbestand nicht ankommt, kann uns auch die Frage nach dem Eintritt des Schädigungsbewußtseins beim Sicherungsgläubiger nicht interessieren.

b) Sicherungsgegenstand sind Teile des Schuldnervermögens.

Wir kommen endlich zu den Fällen, in denen sich der Sicherungsgläubiger nur Teile des Schuldnervermögens übereignen läßt, und haben auch hier zunächst die Frage zu prüfen, ob in dem Geltendmachen des Sicherungseigentums den geschädigten Drittgläubigern gegenüber ein Verstoß gegen Treu und Glauben angenommen werden kann. Auch diese Frage ist zu bejahen, da durch die Geheimhaltung der Uebereignungen von Vermögensteilen für dritte Gläubiger die gleichen Nachteile erwachsen können. Es mag zugegeben werden, daß in derartigen Fällen die Gefahr einer Schädigung Dritter nicht so naheliegend ist, das schließt aber die Möglichkeit einer solchen Schädigung nicht aus. Angenommen, der Schuldner besitzt ein Warenlager im Werte von 50 000 RM. Dem Sicherungsgläubiger übereignet er zur Sicherheit Waren im Werte von 30 000 RM. Dem Drittgläubiger verspricht er zu seiner Sicherung Waren im Werte von 20 000 RM, an denen jener aber mangels Besitzerlangung kein Eigentum erhält. Handelt es sich bei den Sicherungsobjekten um die gleichen Gegenstände und bilden sie beim Zusammenbruch des schuldnerischen Unternehmens die Hauptaktivposten, so ist der dem Drittgläubiger entstehende Schaden der gleiche, als ob von vornherein der Schuldner nur ein Warenlager im Werte von 30 000 RM gehabt hätte. Der Eintritt des Schadens auf Seiten des Drittgläubigers hätte bei Kenntlichmachung des ersten Sicherungsvertrages vermieden werden können. Der Drittgläubiger hätte kaum gegen Sicherheit der dem Sicherungsgläubiger gehörenden Sachen dem Schuldner einen neuen Kredit gewährt. Voraussetzung für den dem Drittgläubiger zu gewährenden Schutz ist aber stets, daß dieser nach sorgfältiger Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners – mangels Kenntnis des Abschlusses der Sicherungsverträge – diesen für kreditwürdig hielt.

Eine unzulässige Rechtsausübung liegt in diesen Fällen ebenfalls nur dann vor, wenn die Sicherungsübereignung einen solchen Umfang angenommen hat, daß durch ihren Abschluß eine Gefährdung der Drittgläubiger eintrat. Soweit mithin die Sicherungsgegenstände nicht ein Drittel des gesamten beweglichen Vermögens des Schuldners erreichen, wird niemals eine unzulässige Rechtsausübung angenommen werden können. Die Grenze zwischen der erlaubten und der gegen Treu und Glauben verstoßenden Geltendmachung wird hier in gleicher Weise zu

ziehen sein wie oben in den Fällen, wo das ganze bewegliche Vermögen Sicherungsgegenstand war[137]).

Wir kommen also zu folgendem Ergebnis:

Wer sich im kaufmännischen Verkehr das bewegliche Vermögen oder wesentliche Teile desselben zur Sicherheit übereignen läßt und dies nicht so erkennbar gemacht hat, daß ein anderer bei der im geschäftlichen Verkehr erforderlichen Sorgfalt dies hätte erkennen können[138]), verstößt bei Geltendmachung des Sicherungseigentums den Drittgläubigern gegenüber in gewissem Umfange gegen Treu und Glauben.

Welche Rechtsfolgen sich nun im einzelnen an die Treu und Glauben widersprechende Geltendmachung des Sicherungseigentums knüpfen, darüber wird sogleich zu sprechen sein. Hier muß noch die Frage behandelt werden, ob zwischen den Drittgläubigern, die sich keine reale Sicherheit ausbedungen haben, und denen, die sich zu ihrer Sicherheit Gegenstände haben übereignen lassen wollen, eine unterschiedliche Behandlung zu erfolgen hat. Diese Frage muß grundsätzlich verneint werden. Die Umstände, die den Verstoß gegen Treu und Glauben begründen, liegen allen Drittgläubigern gegenüber vor[139]). Diejenigen Drittgläubiger, die sich eine besondere Sicherheit haben geben lassen wollen, haben damit verstärkt zum Ausdruck gebracht, daß sie den Kredit nur gegen eine entsprechende Sicherheit geben wollen. Liegt Personalkredit vor, so können allerdings im einzelnen Fall die Umstände ergeben, daß der Kreditgeber dem Schuldner auf jeden Fall helfen und einen Kredit einräumen wollte. Hat er deshalb eine Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners unterlassen, so verdient er keinen Schutz, und es wird ihm auch kein Schutz zu teil: Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt nur denjenigen Drittgläubigern gegenüber vor, die nach sorgfältiger Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners die Ueberzeugung von der Kreditwürdigkeit desselben erlangt haben.

4. Die Rechtsfolgen der unzulässigen Rechtsausübung.

Die Rechtsfolgen der gegen Treu und Glauben verstoßenden und daher unzulässigen Rechtsausübung sollen nun des nähern dargelegt

---

[137]) Siehe oben S. 54.

[138]) Wie die Kenntlichmachung zu erfolgen hat, darüber vergleiche unten S. 65 f.

[139]) Niemals aber den Altgläubigern gegenüber, da der Abschluß der Sicherungsverträge erst nach Entstehen ihrer Forderung erfolgte. Es kann insoweit auf die Ausführungen oben S. 18 f verwiesen werden.

werden. Wir haben uns der Lehre Sieberts angeschlossen[140]), daß nur diejenigen Handlungen, die sich in den Grenzen von Treu und Glauben abspielen, noch „Rechtsinhalt" und „Inhaltsverwirklichung" sind, und daß derjenige, der diese Grenzen überschreitet, ohne Recht handelt. Wenn also der Rechtsinhaber seine Rechte in solcher Weise geltend macht, so muß ihm der Rechtsschutz versagt bleiben, da jede Rechtsgrundlage für sein Begehren fehlt[141]).

a) Bei der Widerspruchsklage.

Behandeln wir zunächst den Fall, daß die Drittgläubiger, die dem Sicherungsnehmer gehörenden Gegenstände beim Schuldner pfänden lassen; hier wird der Sicherungsgläubiger die Widerspruchsklage erheben und beantragen, die Zwangsvollstreckung in die betreffenden Sicherungsobjekte für unzulässig zu erklären. Bei diesem Sachverhalt ist zunächst zu prüfen, ob in der Erhebung der Widerspruchsklage überhaupt eine Rechtsausübung zu finden ist. Wir haben schon oben (S. 44) festgestellt, daß die Rechtsausübung nicht notwendig in der Geltendmachung eines Anspruchs zu bestehen braucht, und in jenem Zusammenhang auf die Rechtsgestaltungsklagen hingewiesen. Auch bei Erhebung der Widerspruchsklage macht der Kläger keinen Anspruch gegen den Beklagten geltend. Die „Klage ist nicht eine Leistungsklage, bei der der Gläubiger zur Freigabe der gepfändeten Gegenstände verurteilt wird, denn ihr praktisches Ziel ist, wie § 775 Nr. 1 zeigt, der Ausspruch der Unzulässigkeit der staatlichen Zwangsvollstreckung, und nicht eine Klage auf Feststellung dieser Unzulässigkeit"[142]). Die Klage wird daher mit Recht als eine prozessuale Gestaltungsklage angesehen[143]). Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die Widerspruchsklage mit einem materiellen Recht, in unserem Fall dem Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers begründet wird, und daß die Entscheidung des Rechtsstreits einzig und allein von der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens dieses Sicherungseigentums abhängig ist, wenn auch das Urteil keine Rechtskraft über das Sicherungseigentum schafft. Es muß daher in der Erhebung der Widerspruchsklage zugleich auch ein Geltendmachen des Sicherungseigentums gegenüber dem Drittgläubiger (Beklagten) zu erblicken sein, und der Beklagte den Einwand der

---

[140]) Vgl. Siebert: „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung . . .", Marburg in Hessen, 1934 Nr. 72 der von Heymann herausgegebenen Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht.

[141]) Siehe im einzelnen Siebert, Verwirkung u. Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 141 ff.

[142]) Gaupp-Stein—Jonas Anm. 1 zu § 771 ZPO.

[143]) Gaupp-Stein-Jonas a. a. O.; Baumbach Anm. 1 zu § 771; Rosenberg § 191 III 8.

unzulässigen Rechtsausübung erheben können. Soweit daher ein Verstoß gegen Treu und Glauben anzunehmen ist [114]), handelt der Sicherungsgläubiger ohne Recht und muß daher die Widerspruchsklage abgewiesen werden. Der Drittgläubiger behält sein Pfändungspfandrecht an den Pfandgegenständen und kann in dieselben weiterhin die Zwangsvollstreckung betreiben.

b) Bei der rei vindicatio.

Wir kommen nunmehr zu den Fällen, in denen sich die Drittgläubiger im Besitz der Sicherungsgegenstände befinden. Soweit die Drittgläubiger bei Erlangung des Besitzes noch gutgläubig sind — also das Sicherungseigentum des Sicherungsgläubigers weder kennen noch kennen müssen —, werden sie mit Erlangung des Besitzes nach § 933 BGB Eigentümer der Sicherungsgegenstände. Mit ihrem gutgläubigen Erwerb geht das Eigentum des Sicherungsgläubigers unter. Dieser vermag daher keine Ansprüche gegen die Drittgläubiger geltend zu machen. Sind letztere aber bei Erlangung des Besitzes bereits bösgläubig, so erwerben sie kein Eigentum. Der Sicherungsgläubiger kann daher von ihnen die Herausgabe seiner Sicherheiten nach § 985 BGB. verlangen. Er kann aber auch das Eigentum an ihnen nach § 930 BGB. auf einen Dritten übertragen [115]). Eine solche Weiterübertragung des Eigentums auf einen Dritten bleibt dem Sicherungsgläubiger unbenommen, da er ja Eigentümer der Sicherungsgegenstände bleibt, der Inhalt des Eigentums nur den Drittgläubigern gegenüber beschränkt wird. Der Rechtsnachfolger kann dann die Gegenstände von den Drittgläubigern herausverlangen, da ja im Verhältnis zwischen ihm und dem Drittgläubiger kein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt. Man wird ihm den Herausgabeanspruch versagen können, wenn er im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem Sicherungsgläubiger das Eigentum erlangt hat, um den Drittgläubigern die Berufung auf „Treu und Glauben" abzuschneiden (§ 826 BGB.).

Soweit der Sicherungsgläubiger die Gegenstände von dem Drittgläubiger herausverlangt, können letztere gegenüber der Klage den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung geltend machen mit der Folge, daß der Kläger, soweit ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt [116]), mit der Klage abgewiesen werden muß. Daß in dem Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. ein Geltendmachen und damit eine Rechtsausübung gegenüber den Drittgläubigern vorliegt, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.

Dabei ist nun nicht erforderlich, daß die Klage stets im vollen Umfang abzuweisen ist. Trotz Annahme eines Verstoßes gegen Treu

[114]) Vgl. oben S. 54.

[115]) Vgl. im einzelnen Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 140.

[116]) Siehe oben S. 54.

und Glauben wird die Klage nur insoweit abzuweisen sein, als die im Besitz der Drittgläubiger sich befindlichen Sachen zu ihrer Befriedigung erforderlich sind. Soweit dies nicht der Fall ist, ist der Klage stattzugeben. Der Sicherungsgläubiger hat im übrigen das Recht, durch Wertersatz den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu entkräften. In diesem Fall muß seinem Herausgabeanspruch entsprochen werden. In allen anderen Fällen muß die Klage abgewiesen werden, soweit ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt. Der Sicherungsgläubiger ist zwar Eigentümer der Sicherungsobjekte, kann aber ihre Herausgabe von den Drittgläubigern nicht verlangen. Umgekehrt sind die Drittgläubiger Besitzer, aber nicht Eigentümer der Sache. Sie können die Sache zu ihren Gunsten verwerten, z. B. durch Veräußerung an gutgläubige rechtsgeschäftliche Erwerber. Einem Schadensersatzanspruch von seiten des Sicherungsgläubigers werden sie dadurch nicht ausgesetzt; denn auch einem Schadensersatzanspruch des Sicherungsgläubigers, der sich auf Verletzung seines Sicherungseigentums stützen würde, stände der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber.

Endlich bleiben noch die Fälle zu entscheiden, bei denen sich die Sicherungsgegenstände weder im Besitze des Schuldners noch im Besitze der Drittgläubiger befinden, der Sicherungsgläubiger sie entweder in seinem Besitz hat oder bereits zu seinen Gunsten verwertet hat. Auch in diesen Fällen, in denen den Drittgläubigern der Sicherungsgläubiger zuvorgekommen ist, muß ihnen ein wirksamer Schutz zu teil werden. Der Sicherungsgläubiger wird in diesen Fällen ihnen gegenüber sein Sicherungseigentum nicht geltend machen. Es wird überhaupt auf seiner Seite zu keiner Rechtsausübung kommen. Die Drittgläubiger werden ihn wegen ihres erlittenen Ausfalls in Anspruch nehmen wollen. Die Lehre von der „Unzulässigkeit" der Rechtsausübung wird daher in diesen Fällen keine praktische Bedeutung erlangen. Bevor auf diese Fälle einzugehen ist, soll zunächst geprüft werden, ob das Verhalten des Sicherungsnehmers auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten eine unzulässige Rechtsausübung begründet. Hierzu bedarf es zunächst eines Eingehens auf den Begriff und den Geltungsbereich der „guten Sitten".

§ 9. Die „guten Sitten" als Schranke der Rechtsausübung.

Wir haben nunmehr zu prüfen, ob in der Geltendmachung des Sicherungseigentums auf Seiten des Sicherungsnehmers auch ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen ist. Angesichts des Umstandes, daß wir einen Verstoß gegen Treu und Glauben bejaht haben, ist diese Frage praktisch von geringerer Bedeutung, da die Rechtsfolgen in beiden Fällen grundsätzlich die gleichen sind. Es soll daher

nur kurz auf die guten Sitten als Schranken der Rechtsausübung eingegangen werden.

1. Der Begriff „gute Sitten".

Nach der herrschenden Meinung im Schrifttum und der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts verstößt eine Handlungsweise dann gegen die guten Sitten, wenn sie das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt. Dabei wird überwiegend betont, daß im einzelnen Fall bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Verhaltens Sonderanschauungen einzelner Volkskreise, in deren Mitte sich die Handlung abgespielt hat, berücksichtigt werden können, soweit sie nicht dem allgemeinen Volksbewußtsein widersprechen [147]). Da als Maßstab für den Begriff der guten Sitten die Auffassung zu gelten hat, die im sittlichen Volksbewußtsein begründet ist, unterliegen die „guten Sitten" in gleicher Weise wie „Treu und Glauben" dem Wandel der im Volke herrschenden Weltanschauungen. In der heutigen Zeit bestimmt sich der Inhalt der guten Sitten – wie überhaupt der Inhalt der Generalklauseln — nach den Grundsätzen der herrschenden nationalsozialistischen Bewegung [148]). Das hat insbesondere zur Folge, daß der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke auch bei den guten Sitten — anders als unter der Herrschaft des Individualismus und Materialismus — entscheidend in den Vordergrund zu treten hat [149]). So bieten uns die „guten Sitten" als Schranken der Rechtsausübung eine Handhabe, um den Fundamentalsatz des Nationalsozialismus, daß der Gemeinnutz vor dem Eigennutz gehe, zu verwirklichen [150]) und der deutschen Ehrauffassung und dem deutschen Anstandgefühl wieder den ihm gebührenden Einfluß bei der Rechtsprechung zukommen zu lassen.

Die Voraussetzungen, die im einzelnen die Annahme eines Sittenverstoßes rechtfertigen, lassen sich generell nicht bestimmen, sondern ergeben sich jeweils aus den Umständen des einzelnen Falles. Bestimmte, in jedem Fall erforderliche Tatbestandsmerkmale brauchen weder in sachlicher noch in persönlicher Hinsicht vorliegen. Insbesondere ist ein Verschuldenstatbestand zur Annahme eines Sitten-

---

[147]) Siebert, Verwirkung u. Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 112 ff.; Staudinger, Anm. 3 c zu § 826; Planck Anm. II 3 a zu § 826; ders., „Zur Auslegung . . ." in DJZ. 1907 Sp. 7; Wolff, „Zum Sittengesetz" in LZ. 1914, Sp. 1269; RGZ. 72 S. 175; 83 S. 388; 85 S. 172. Abweichend: Salinger in JW. 1917 S. 4 ff.; vgl. dazu Rosenthal in LZ. 1919 Sp. 515 ff.

[148]) Schmitt, „Neue Leitsätze . . ." in JW. 1933 S. 2793; Dölle a. a. O.; Lange, Vom alten z. neuen SchR. S. 43.

[149]) Vgl. Siebert, S. 112; Dölle a. a. O. S. 7 ff.

[150]) Siehe Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung S. 112 f.

verstoßes nicht erforderlich [151]). Es genügt, wenn eine Handlungsweise vorliegt, deren äußerer Tatbestand ein sittenwidriges Handeln darstellt. Das schließt nun allerdings nicht aus, eine besonders gewissenlose oder arglistige Gesinnung des Täters bei Ausführung der Handlung zur Begründung der Sittenwidrigkeit mit heranzuziehen.

Endlich braucht sich der Täter der Sittenwidrigkeit seiner Handlungsweise nicht bewußt zu sein [152]). Es kann ihn daher auch der gute Glaube an die Berechtigung seines Vorgehens von der Feststellung der Sittenwidrigkeit seines Tuns nicht schützen [153]).

Der Unterschied des Begriffes der „guten Sitten" zu „Treu und Glauben" besteht nun darin, daß sich das Vorliegen eines Sittenverstoßes allein nach dem Verhalten eines Rechtsgenossen bestimmt, ohne daß eine Abwägung mit den Interessen einer bestimmten anderen Person stattzufinden hätte. Es ist also lediglich zu prüfen, ob das zu beurteilende Verhalten unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände und der Belange des Gemeinwohls dem sittlichen Volksbewußtsein widerspricht. „Bei § 242 BGB. ist Gegenstand der Wertung die Sonderbeziehung zwischen den an dem bestehenden Rechtsverhältnis Beteiligten . . . Bei dem Verstoß gegen die guten Sitten ist Gegenstand der Wertung das Verhalten eines Rechtsgenossen schlechthin, also ohne daß die Rücksicht auf die Interessen gerade eines bestimmten Rechtsgegners entscheidend ist; die Interessen der Allgemeinheit sind sowohl Gegenstand der Abwägung als auch Maßstab für die Bewertung" [154]).

Aus diesem Begriffsunterschied ergibt sich, daß ein Verstoß gegen Treu und Glauben eher begründet sein kann, als ein Verstoß gegen die guten Sitten. Die Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen eines bestimmten Rechtsgegners, zu dem durch das Vorliegen einer Sonderbeziehung eine engere Verbindung als gegenüber der Allgemeinheit besteht, stellt an das Verhalten des Einzelnen strengere Anforderungen. Die Verletzung von Treu und Glauben bildet daher nicht notwendig zugleich einen Sittenverstoß [154a]).

2. Der Geltungsbereich dieses Grundsatzes.

Die Frage nach dem Geltungsbereich der „guten Sitten" ist nicht so schwierig zu beantworten wie bei der Generalklausel „Treu

[151]) Siebert, S. 115 ff.; Staudinger Anm. 3 b u. c zu § 826; Planck Anm. II 3 b zu § 826; RGRK. Anm. 2 zu § 826; RGZ. 72 S. 175; 79 S. 417 ff.; 90 S. 106 f.; RG. in Seuff.Arch. Bd. 76 Nr. 209.

[152]) Siebert, S. 115; Staudinger Anm. 3 c zu § 826; Planck Anm. II 3 b zu § 826; Leonhard a. a. O. S. 313; RGRK. Anm. 2 zu § 826; Eckstein a. a. O. S. 236; Salinger in JW. 1917 S. 4; Rosenthal in LZ. 1919 Sp. 518; RGZ. 79 S. 23 und S. 417 ff.

[153]) Planck Anm. II 3 b zu § 826; RGZ. 107 S. 389.

[154]) Siehe die Ausführungen von Siebert, S. 128 ff.

[154a]) A. M. zu Unrecht Hildebrandt, a. a. O., S. 69/70, Anm. 3.

und Glauben". Für die Anwendung der guten Sitten im gesamten Privatrecht spricht vor allem die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB., die alle Rechtsgeschäfte, also auch die dinglichen, für nichtig erklärt, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen. Da diese Bestimmung keinerlei Einschränkung hinsichtlich der Natur der Rechtsgeschäfte enthält und weiterhin in den allgemeinen Teil des BGB. aufgenommen worden ist, gilt sie für alle Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Privatrechts überhaupt. Für die Anwendung der guten Sitten auf dem gesamten Rechtsgebiet — also auch im öffentlichen Recht — sprechen die allgemeine Bedeutung dieser Vorschrift und das Bedürfnis, jeder den guten Sitten widersprechenden Rechtsausübung den Rechtsschutz zu versagen.

3. Die Anwendung auf das Sicherungseigentum.

Wenn wir nunmehr prüfen wollen, ob das Verhalten des Sicherungsgläubigers, der sich entweder das gesamte bewegliche Vermögen oder wesentliche Teile davon zur Sicherheit hat übereignen lassen, gegen die guten Sitten verstößt, so haben wir dieser Beurteilung die Anschauung eines redlich und anständig denkenden Geschäftsmannes zugrunde zu legen. Wir haben uns also zu fragen, ob die Handlungsweise des Sicherungsgläubigers noch mit der kaufmännischen Standesehre im Einklang steht oder ihr widerspricht. Mit der Stellung der Frage ist zugleich ihre Verneinung verbunden. Es kann nicht dem Ehr- und Anstandsgefühl des deutschen Kaufmannes entsprechen, einem völlig vermögenslosen Unternehmer seiner Umwelt gegenüber weiterhin den Schein der Kreditwürdigkeit zu belassen und diese dadurch — wenn auch unbewußt — zu einer Kreditgewährung an den Schuldner zu veranlassen. Die Rücksichtnahme auf das Gemeinwohl, insbesondere aber auf das Wohl der Berufskollegen läßt vielmehr den Sicherungsgläubiger als verpflichtet erscheinen, die neu geschaffene Vermögenslage des Schuldners, die zweifellos für alle künftigen Gläubiger eine Gefahrenquelle bildet, so kenntlich zu machen, daß sie Dritte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können und sich noch rechtzeitig vor Schäden bewahren können. Ein solches Verhalten würde allein der deutschen Kaufmannsehre entsprechen.

Mit Recht wird im Schrifttum und vom Reichsgericht betont, daß die Verfolgung eigener Interessen noch keine Handlung wider die guten Sitten darstellt, auch wenn ein anderer dadurch geschädigt wird; denn niemand habe die Pflicht, sein eigenes erlaubtes Interesse dem eines anderen nachzusetzen [155]). Voraussetzung ist aber dabei

[155]) Staudinger Anm. 3 c zu § 826; Soergel Anm. A 1 zu § 826; Oertmann Anm. 2 c zu § 826; RGRK. Anm. 2 zu § 826; RGZ. 63 S. 146; 71 S. 170; 86 S. 191; 92 S. 133; 98 S. 15; RG in LZ. 1922 Sp. 462.

stets, daß nicht die verwendeten Mittel die Handlungsweise zu einer sittlich verwerflichen machen. Diese Voraussetzung ist aber in unseren Fällen gegeben. Der Sicherungsgläubiger mag ruhig das Bestreben haben, das bewegliche Vermögen des Schuldners allein zu seiner Befriedigung zu verwerten. An der Durchführung dieses Entschlusses kann ihn niemand hindern, sofern er nicht, wie in unseren Fällen, Mittel anwendet, die für dritte Personen Gefahren und Nachteile mit sich bringen können.

Die Annahme eines Sittenverstoßes setzt im vorliegenden Fall keinen irgendwie gearteten Verschuldenstatbestand wegen der Verwerflichkeit der Handlung voraus. Der äußere Tatbestand des Verhaltens ist so schwerwiegend, daß es zur Bejahung eines Verstoßes gegen die Generalklausel auf ein Verschulden des Sicherungsgläubigers nicht mehr entscheidend ankommt.

Wegen der Frage, ob die Geltendmachung des Sicherungseigentums im gesamten Umfang oder vielmehr nur teilweise gegen die guten Sitten verstößt, gilt das Gleiche wie oben bei dem Verstoß gegen Treu und Glauben[156]. Auch hier haben wir jeweils die Grenze festzustellen, bis zu welcher von andere Gläubiger gefährdenden Sicherungsverträgen und damit verbunden von einer unzulässigen Rechtsausübung noch nicht gesprochen werden kann. Die Grenze wird in derselben Weise wie bei Treu und Glauben zu ziehen sein.

4. Die Rechtsfolgen.

Da die Rechtsfolgen beim Vorliegen eines Sittenverstoßes die gleichen sind wie bei der Annahme einer unzulässigen Rechtsausübung wegen Verstoßes gegen „Treu und Glauben", so kann auf die Ausführungen oben S. 56 ff. verwiesen werden.

§ 10. „Schadenersatzanspruch" des Drittgläubigers gegen den Sicherungsgläubiger.

Wir haben endlich diejenigen Fälle zu behandeln, in denen eine unzulässige Geltendmachung des Sicherungseigentums gegenüber dem Drittgläubiger nicht vorliegt. Hier kann dem Interesse der Drittgläubiger nur dadurch genügt werden, daß man ihnen einen Ersatzanspruch gegen den Sicherungsgläubiger zuspricht. Dies Bedürfnis zeigte sich, wenn der Sicherungsgläubiger die Sicherungsgegenstände in seinem Besitz hatte, bzw. bereits verwertet hatte. Zu diesen letzten Fällen gehört auch die Veräußerung an eine dritte Person mittels Abtretung des Herausgabeanspruches, § 931 BGB, die von den Drittgläubigern die Sicherungsgegenstände herausverlangen kann[157].

[156]) Siehe oben S. 53/54.
[157]) Vgl. oben S. 58.

Die Interessenlage zwischen Sicherungsgläubiger und Drittgläubiger ist die gleiche wie in den Fällen unzulässiger Rechtsausübung. Es besteht auch hier die Notwendigkeit, den Drittgläubigern einen gewissen Schutz zukommen zu lassen. Es fragt sich, ob das Verhalten des Sicherungsgläubigers gegenüber den Drittgläubigern einen Ersatzanspruch begründen kann.

In den zur Erörterung stehenden Fällen läßt sich der Sicherungsgläubiger das Eigentum an wesentlichen Teilen bzw. an dem ganzen Vermögen des Schuldners zur Sicherheit übereignen. Der Umwelt gegenüber tritt aber das Eigentum des Sicherungsgläubigers nicht in Erscheinung. Da vielmehr der Schuldner im ungeschmälerten Besitz der Sicherungsgegenstände bleibt, und ihm in der Regel der Fälle auch die unbeschränkte Verfügungsmacht über die Sicherungsgegenstände zusteht, gehen unbeteiligte Dritte mit einer gewissen Berechtigung von der Annahme aus, daß dem Schuldner noch das Eigentum an den Sicherungsgegenständen zusteht.

Das für Dritte nicht erkennbare Sicherungseigentum des Sicherungsgläubigers birgt für spätere Gläubiger, die auf den äußeren Schein vertrauen, erhebliche Gefahren in sich. Da von den Sicherungsvertragsparteien der Abschluß des Sicherungsvertrages geheimgehalten wurde, war es ihnen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht möglich, die völlige Vermögenslosigkeit des Schuldners zu erfahren. Sie müssen daher notwendigerweise einen Vermögensschaden erleiden, wenn sie dem durch die Sicherungsverträge kreditunwürdig gewordenen Schuldner Kredit einräumen. Das für unbeteiligte Dritte so „gefährliche" Eigentum des Sicherungsgläubigers legte diesem daher die Rechtspflicht auf, sein Eigentum in einer für spätere Gläubiger erkennbaren Weise kenntlich zu machen. Das Eigentum berechtigt nicht nur einen Rechtsträger, sondern legt ihm auch die Pflicht auf, auf die berechtigten Interessen Dritter Rücksicht zu nehmen.

Dieser Grundsatz, daß „Eigentum verpflichtet", ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts schon früh anerkannt. Nach Ansicht des Reichsgerichts [158]) hat der Eigentümer dafür zu sorgen, daß durch den Gebrauch seiner Eigentumsgegenstände nicht Schaden für Dritte entsteht. Was für die im Eigentum stehenden Sachen gilt, muß aber auch für das Eigentumsrecht selbst gelten, wenn durch dessen Bestehen Dritten Nachteile drohen. Können sich unbeteiligte Dritte — wie in unseren Fällen — auf keine Weise Kenntnis von dem Eigentumsrecht des Sicherungsgläubigers verschaffen, so verlangt die im Verkehr zu fordernde Rücksichtnahme von dem Sicherungsgläubiger die Kenntlichmachung seines Sicherungseigentums. Die

[158]) RGZ. 89, 121 f.; vgl. auch RGZ. 52, 377. — Im Schrifttum vgl. Wersche a. a. O.

Umstände des Falles gebieten ihm, den Drittgläubigern die Möglichkeit zu verschaffen, bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalts seine dingliche Berechtigung zu erkennen. Das heute im weiten Maße vom Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken erfüllte Eigentum verlangt diese Rücksichtnahme von dem Rechtsinhaber.

Diese Rechtspflicht des Sicherungsgläubigers besteht nun aber nur insoweit, als der Umfang der Sicherungsübereignung das Maß dessen, womit Drittgläubiger billigerweise zu rechnen hatten, überschreitet. Der Sicherungsgläubiger, der sich nur unwesentliche Teile des Vermögens des Schuldners zu seiner Sicherheit übereignen läßt, und noch genügend Vermögenswerte im Eigentum des Schuldners beläßt, ist daher zur Kenntlichmachung des Eigentums nicht verpflichtet. Derartige Sicherungsübereignungen bewirken nicht die Kreditunwürdigkeit des Schuldners und bilden daher für dritte Gläubiger keine erhebliche Gefahr. Sobald aber die Sicherungsverträge diesen Umfang übersteigen, und damit den in Wahrheit unberechtigten Schein der Kreditwürdigkeit beim Schuldner belassen, werden sie für unbeteiligte Dritte „gefährlich". Sicherungsverträge mit einem derartig weiten Umfang hat der Sicherungsgläubiger kenntlich zu machen.

Gegen diese Rechtspflicht aus dem „gefährlichen" Eigentum hat in unseren Fällen der Sicherungsgläubiger durch sein täuschendes Verhalten verstoßen. Er ließ den Schein der dinglichen Berechtigung bei dem Schuldner, ließ diesen weiterhin als Eigentümer der Sicherungsgegenstände erscheinen, während er in Wahrheit der Alleinberechtigte war. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte der Sicherungsgläubiger erkennen müssen, daß die Frage, wer Eigentümer der im Besitz des Schuldners vorhandenen Gegenstände ist, für alle Personen, die später mit dem Schuldner in geschäftliche Beziehungen treten, von erheblicher Bedeutung ist. Der Sicherungsgläubiger hätte auch erkennen müssen, daß unter den obwaltenden Umständen die Drittgläubiger bei ihren Erwägungen leicht von der Voraussetzung ausgehen würden, daß sich die Sicherungsgegenstände im Eigentum des Schuldners befinden. Daß der Schuldner nicht die wahren Eigentumsverhältnisse aufklärte, — noch dazu, wenn es sich um Verhandlungen wegen Einräumung eines Kredites handelt, — damit mußte der Sicherungsgläubiger von vornherein rechnen. Der Sicherungsgläubiger hat daher zum mindesten fahrlässigerweise die ihm obliegende Rechtspflicht zur Offenlegung seines Eigentums verletzt. Eine vorsätzliche Verletzung dieser Rechtspflicht ist nicht erforderlich, es genügt vielmehr, unter entsprechender Anwendung des § 276 S. 1 BGB. bloße Fahrlässigkeit.

Das Erfordernis einer vorsätzlichen Verletzung würde den Drittgläubigern kaum einen weiteren Schutz gewähren als die Anwendung des § 826 BGB. Die Unzulänglichkeit der deliktischen Haftung des

Sicherungsgläubigers (§§ 823, 826 BGB.) soll aber gerade auf diesem Wege beseitigt werden. Das Reichsgericht hat bereits einmal einen ähnlichen Weg beschritten, nämlich bei der Begründung der Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß (culpa in contrahendo). Nach dieser Lehre begründet der Eintritt in Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB.) ein „vertragsähnliches" Vertrauensverhältnis, das die Beteiligten zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Eine Haftung tritt schon bei fahrlässiger Verletzung dieser Sorgfaltspflicht ein, gleichgültig, ob die Verhandlungen jemals zum Vertragsabschluß führen oder nicht. Obwohl auch hier kein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten vorliegt, läßt das Reichsgericht eine fahrlässige Verletzung der Sorgfaltspflicht genügen. Auch dieser vom Reichsgericht eingeschlagene Weg erklärt sich allein aus dem Bedürfnis, neben der sich als unzulänglich herausgestellten deliktischen Haftung (nach §§ 823, 826 BGB.) zu einem haftungsbegründenden Tatbestand zu kommen [159]).

Der Sicherungsgläubiger macht sich mithin den Drittgläubigern gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn er auch nur fahrlässigerweise die ihm obliegende Rechtspflicht zur Kenntlichmachung seines Sicherungseigentums verletzt. Der Umfang seines Ersatzanspruches bestimmt sich nach § 249 BGB., d. h. der Sicherungsgläubiger hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er nicht die aus dem Eigentum ihm auferlegte Rechtspflicht zur Offenlegung seines Eigentums verletzt hätte. Er hat mithin den Drittgläubigern den Schaden zu ersetzen, der mit der Verletzung dieser Rechtspflicht in einem ursächlichen (adäquaten) Zusammenhang steht. Die Ersatzverpflichtung betrifft also nur den Schaden, der dadurch entstanden ist, daß der Umfang der Sicherungsübereignung das Maß dessen, mit dem ein Kaufmann im geschäftlichen Verkehr billigerweise hätte rechnen müssen, überschreitet. Die Grenze zwischen der hiernach zulässigen Sicherungsübereignung und der zum Schadensersatz ver-

[159]) Die Tendenz geht heute allgemein dahin, die §§ 823, 826 BGB. durch Anwendung des § 242 BGB. zu verdrängen, und einen Verstoß gegen Treu und Glauben zur Begründung einer Schadensverpflichtung heranzuziehen. Auf diese Weise ist es allein möglich, den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken durchzuführen. So ist in letzter Zeit im Schrifttum das Problem erörtert worden, ob zwischen den Aktionären einer Aktiengesellschaft eine solche Rechtsbeziehung besteht, auf die § 242 BGB. anwendbar ist, so daß schon bei fahrlässiger Verletzung dieser durch § 242 BGB. begründeten Treupflicht ein Schadensersatzanspruch hergeleitet werden kann. Bejahend: Lifschütz, „Die Generalklausel im Aktienrecht" S. 11, 37; ders. in JW. 1928 S. 629, 1929 S. 610; Crisolli a. a. O.; ablehnend: Ritter a. a. O., der nur eine Treupflicht zwischen den Aktionären gegenüber der Gesellschaft bejaht, im praktischen Ergebnis aber kaum von der von Lifschütz vertretenen Auffassung abweicht.

pflichtenden Uebereignung wird in gleicher Weise zu ziehen sein wie die Grenze zwischen der zulässigen und der gegen Treu und Glauben bzw. den guten Sitten verstoßenden Rechtsausübung [160]).

Das Ergebnis wäre also:

Wer sich im kaufmännischen Verkehr Warenlager oder wesentliche Teile desselben übereignen läßt, und schuldhaft nicht dafür gesorgt hat, daß dies so erkennbar gemacht worden ist, daß ein anderer bei der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dies hätte erkennen können, ist dem anderen zum Schadensersatz verpflichtet. Dabei ist aber stets zu beachten, daß der Schadensersatzanspruch mit der Verletzung der Rechtspflicht zur Kenntlichmachung des Sicherungseigentums in ursächlichem Zusammenhang stehen muß. Einen weitergehenden Schaden hat der Sicherungsgläubiger nicht zu ersetzen.

§ 11. Schlußbetrachtung.

Ein Rückblick auf die Ergebnisse unserer Untersuchungen ergibt, daß die hier vorgeschlagenen Wege den Schutz der Drittgläubiger vor umfangreichen Sicherungsübereignungen bedeutend erweitern. Die Drittgläubiger brauchen die ihnen fast nie gelungenen Nachweise der inneren Tatbestandsmerkmale, die zur Anwendung der Anfechtungsvorschriften, der §§ 138 und 826 BGB. erforderlich waren, nicht erbringen. Leicht nachweisbare Tatumstände genügen nunmehr, um das Sicherungseigentum des Gläubigers ihnen gegenüber auf ein erträgliches Maß zu beschränken oder um ihnen einen der Billigkeit entsprechenden Ersatzanspruch zuzusprechen. Durch die hier erzielten Ergebnisse wird ein Interessenausgleich zwischen Sicherungsgläubiger und Drittgläubiger geschaffen, wie er den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Die berechtigten Interessen des Sicherungs- und Drittgläubigers sind ungefähr gleichwertig, so daß die einseitige Zurücksetzung eines Gläubigers ungerecht sein würde. Es wäre daher zu begrüßen, wenn sich das Reichsgericht zum Schutze der Drittgläubiger zur Anwendung von Treu und Glauben bzw. der guten Sitten entschließen würde. Es mag an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß das Reichsgericht zur Entkräftung der Einrede der Verjährung zunächst den vollen Tatbestand des § 826 BGB. verlangt hat [161]), und sich erst später mit einem Verstoß gegen Treu und Glauben begnügt hat [162]). Möge die gleiche Entwicklung auch gegenüber den Sicherungsübereignungen Wirklichkeit werden.

---

[160]) Vgl. oben S. 54.

[161]) RGZ. 64 S. 222; RG. JW. 1916 S. 1188; Seuff. A. 63, 128.

[162]) RG. JW. 1919 S. 102; RGZ. 87 S. 283; 109 S. 309; 115 S. 137; 142 S. 285; 143 S. 240. — Vgl. auch RGRK. Anm. 3 zu § 222.

Mit der Anwendung von Treu und Glauben und den guten Sitten gegenüber umfangreichen Sicherungsübereignungen würde das Reichsgericht überdies einen mittelbaren Zwang zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung erreichen können. Der Tatbestand der Gläubigergefährdung ist zur Erreichung dieses Zieles wegen seiner für die Drittgläubiger schwierig zu beweisenden inneren Tatbestandsmerkmale nicht geeignet. Bei Anwendung der hier vorgeschlagenen Generalklauseln müssen die Sicherungsgläubiger mit aller Bestimmtheit mit den ihnen drohenden Nachteilen rechnen. Sie werden daher in ihrem eigensten Jnteresse die Kenntlichmachung der Sicherungsverträge vorziehen. Zu diesem Zweck stehen ihnen verschiedene Mittel zur Verfügung. Einmal wird es möglich sein, die zur Sicherheit übereigneten Waren von den im unbeschränkten Eigentum des Schuldners verbleibenden räumlich zu trennen, sei es, daß sie in einem besonderen Raum oder an einer besonderen Stelle gelagert werden. Durch Aufschriften und besondere Plakate ist weiterhin das Eigentum des Sicherungsgläubigers kenntlich zu machen, wie es in der Praxis der Treuhandelsgesellschaften bereits häufig geschieht.

Diese Maßnahmen allein würden aber keineswegs genügen. Der Schuldner hätte hier allzu leicht die Möglichkeit, die Kennzeichen zu entfernen und damit den Drittgläubigern gegenüber als unbeschränkter Eigentümer zu erscheinen. Dem Sicherungsgläubiger aber kann man unmöglich die Last aufbürden, täglich und stündlich das Vorhandensein der Plakate etc. zu kontrollieren. Es ist daher weiterhin von dem Schuldner zu verlangen — und der Sicherungsgläubiger hat unbedingt darauf zu dringen —, daß die zur Sicherheit übereigneten Gegenstände in seinen Büchern — den Lagerbüchern sowohl wie in den kaufmännischen — nicht mehr als im Eigentum des Schuldners stehend erscheinen[163]). Das gilt selbstverständlich auch für die später angeschafften Ersatzstücke. Wo auch immer die übereigneten Gegenstände in den Büchern des Schuldners vorkommen, sind sie als Eigentum des Gläubigers zu bezeichnen. Bisher ist dies fast nie geschehen; die Waren erscheinen weiterhin auf den verschiedenen Warenkonten als Bestand des schuldnerischen Unternehmens. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob nach den Regeln der heutigen Buchführung eine ordnungsmäßige Verbuchung der Sicherungsübereignung möglich ist[164]). Für unsere Zwecke genügt es, wenn bei den betreffenden Warenkonten vermerkt wird, daß die Waren einem bestimmten Gläubiger zur Sicherheit übereignet sind. Der Schuldner

---

[163]) So mit Recht: Ztschr. f. d. Notariat . . . S. 167; Ackermann a. a. O. S. 33 ff.; Hesselbach a. a. O. S. 83; insbesondere aber Höeniger a. a. O. S. 10, 118 ff.

[164]) Verneinend: Hoeniger 118 ff.; anders: Haas a. a. O. und Ackermann a. a. O. S. 33 f., die ein besonderes Hilfskonto vorschlagen.

mag also ruhig die Sicherungsgegenstände weiterhin als Aktivposten für sich buchen, nur muß er stets die zur Sicherheit erfolgte Uebereignung bei den betreffenden Konten deutlich vermerken. Der Sicherungsgläubiger wird sich leicht von Zeit zu Zeit von der Befolgung dieses Erfordernisses überzeugen können. Er muß es auch tun, um sich vor Nachteilen zu bewahren. In dem Sicherungsvertrag sind bereits Vereinbarungen zu treffen, wie im einzelnen die Kenntlichmachung erfolgen soll. In dem Vertrag schon wird sich der wirtschaftlich stärkere Gläubiger die erforderlichen Kontrollbefugnisse einräumen lassen, andernfalls er eine Kreditgewährung ablehnen kann. Schon heute werden dem Gläubiger häufig weitgehende Kontrollbefugnisse eingeräumt, die allerdings nur der Sicherheit des Sicherungsgläubigers dienen. In der Zukunft wird aber der Sicherungsgläubiger dabei auch die Interessen der Drittgläubiger zu berücksichtigen haben.

Endlich ist unbedingt zu verlangen, daß der Schuldner in der Bilanz die Sicherungsgegenstände als solche bezeichnet. Aus der Bilanz muß ersichtlich sein, daß einige Aktiva bereits einer bestimmten Person zur Sicherheit vergeben sind. „Zur Sicherung übereignete Waren können auf der Aktivseite der Bilanz nicht einfach unter der Bezeichnung „Waren" auftreten. Es muß vielmehr heißen: „Zur Sicherung übereignete Waren". Dann weiß man sofort, daß dieser Aktivposten zur Deckung eines einzelnen bestimmten Passivpostens dient"[165]).

Wenn alle diese vorgeschlagenen Maßnahmen befolgt werden, wird es dem Schuldner nicht so leicht möglich sein, bei den Verhandlungen um eine neue Kreditgewährung den Geldgebern gegenüber als unbeschränkter Eigentümer des beweglichen Vermögens, insbesondere des Warenlagers zu erscheinen. Ein sorgfältig die Vermögenslage des Schuldners prüfender Kreditgeber wird dann stets eine Aufklärung über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners erlangen.

---

[165]) Hoeniger a. a. O. S. 122.

Lebenslauf

Am 25. Juli 1909 wurde ich als Sohn des Mittelschullehrers Ludwig Herting und seiner Ehefrau geb. Abel in Burg bei Magdeburg geboren.

Von Ostern 1919 bis Ostern 1926 besuchte ich daselbst das Viktoria-Gymnasium, von dieser Zeit ab das Staatliche Dom- und Klostergymnasium in Magdeburg. Am 20. Februar 1929 bestand ich dort das Abiturientenexamen.

Im April 1929 begann ich mit dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften und studierte auf den Universitäten Jena, München, Berlin und Halle. Am 29. April 1933 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Naumburg die erste juristische Staatsprüfung und befinde mich seit dem 17. Mai 1933 im juristischen Vorbereitungsdienst.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit gab mir Herr Privatdozent Dr. Siebert, jetzt Professor in Kiel. Für die Anregungen und die Unterstützung während des Entstehens der Dissertation danke ich ihm an dieser Stelle.

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Str. 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen